

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

— MASSIMIANO SCIASCIA —

**Ruolo e responsabilità
del pubblico funzionario
nell'evoluzione dello stato di diritto**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

La Collana di Studi raccoglie il frutto delle ricerche del Programma Interuniversitario di rilevante interesse nazionale sul tema "Principio di legalità e amministrazione di risultati" di cui il Prof. Franco Gaetano Scoca è coordinatore scientifico nazionale.

Tale Programma di ricerca è frutto del cofinanziamento del Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e delle sedi universitarie consorziate (Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Ancona, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Perugia e Università degli Studi di Teramo).

I volumi pubblicati nella presente collana a fare data dal marzo 2012 sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dal Direttore della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

MASSIMIANO SCIASCIA

Ruolo e responsabilità
del pubblico funzionario
nell'evoluzione dello stato di diritto



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-7255-5

Pubblicato nel mese di novembre 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa metodologica</i>	VII

Capitolo I

La formazione dello Stato moderno in Europa

1. Premessa	1
2. Le <i>origini</i> dello Stato moderno europeo	4
3. Le <i>forme</i> dello Stato moderno	5
4. Le <i>Costituzioni</i> dello Stato moderno europeo: tipologie	9

Capitolo II

L'art. 28 Cost.: precedenti storici e dibattito in Assemblea Costituente

1. La responsabilità della pubblica amministrazione nelle Commissioni di studio	13
2. Il dibattito in Assemblea Costituente	15
3. La disciplina costituzionale dell'art. 28	17

Capitolo III

La responsabilità del funzionario nella legislazione italiana ed europea

1. La nozione di <i>funzionario</i>	19
2. Il <i>funzionario di fatto</i> e limiti all'imputabilità	22
3. Gli obblighi facenti capo al funzionario e i danni provocati a terzi	24
4. Le responsabilità dirette e concorrenti del funzionario e dell'amministrazione	28

	<i>pag.</i>
5. Il vincolo di solidarietà tra le due responsabilità. La discrezionalità amministrativa e tecnica e la violazione di interessi legittimi. La responsabilità oggettiva	33
6. La responsabilità nella sanità pubblica	54
7. Responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione	70
8. La responsabilità della P.A. nei Paesi europei	77
8.1. Il modello francese	77
8.2. Il modello spagnolo	86
8.3. Il modello britannico	101
8.4. Il modello tedesco	120

Capitolo IV

La responsabilità patrimoniale del funzionario verso l'amministrazione

1. Premessa. Evoluzione della nozione di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari	125
1.1. I tipi di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari e loro <i>indole</i> civile	128
1.2. La logica di illeciti civili nel campo amministrativo	129
1.3. Fondamento, funzione, natura giuridica e caratteri della responsabilità	133
1.4. Individuazione delle regole di condotta e valutazione comparativa degli interessi in conflitto	139
2. L'elemento oggettivo nelle responsabilità patrimoniali	139
3. L'elemento soggettivo nelle responsabilità patrimoniali	145
4. <i>Solidarietà</i> e <i>sussidiarietà</i> nella responsabilità patrimoniale	152
5. La peculiarità della prescrizione nelle responsabilità amministrative	160
6. Il danno nelle responsabilità amministrative: disciplina e profili problematici	175
7. Gli illeciti gestori commessi nell'ambito delle imprese pubbliche. Sviluppo del fenomeno e natura giuridica. Carattere pubblico della gestione delle società partecipate e giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti. Gli organismi di diritto pubblico	217
8. Le responsabilità sanzionatorie nelle gestioni pubbliche. Il nuovo sistema di responsabilità pecuniaria. Le responsabilità personali negli enti locali	234
9. La responsabilità verso la P.A. nei Paesi dell'Europa continentale	242
9.1. Il sistema francese	242
9.2. Il sistema spagnolo	253
9.3. Il sistema tedesco	257

<i>Bibliografia</i>	259
---------------------	-----

Premessa metodologica

La responsabilità amministrativa e la responsabilità contabile si collocano nell'ambito del più ampio *genus* della responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e dei soggetti legati all'Ente pubblico da un rapporto di servizio¹: essa include anche il profilo attinente alla responsabilità civile degli agenti pubblici verso i terzi che, tuttavia, si ripercuote automaticamente sulla responsabilità amministrativa nell'ottica del danno indiretto.

La terminologia utilizzata in dottrina per indicare tale responsabilità è piuttosto varia: alcuni parlano di responsabilità gestoria, altri di responsabilità erariale, ma la definizione più accreditata e storicamente consolidata risulta essere quella di responsabilità patrimoniale.

Il lavoro si prefigge lo scopo di delineare organicamente, inserendolo nella variegata esperienza europea, il quadro del complesso sistema delle responsabilità a carattere patrimoniale, cui sono soggetti nello, o in occasione dello, svolgimento dei loro compiti, gli agenti pubblici, anche detti funzionari, intendendo per tali gli operatori a qualsiasi titolo della funzione amministrativa.

La metodologia seguita nella costruzione del sistema si fonda sull'esame dei singoli profili connessi alla responsabilità a carattere patrimoniale dei funzionari, costantemente confrontato con i medesimi istituti degli altri ordinamenti europei.

Data l'indubbia circostanza che la posizione del funzionario, ancor più che di quella del magistrato, è fortemente influenzata dai rapporti tra pubblici poteri ed altri soggetti dell'ordinamento, si è fatto, in via pregiudiziale, un cenno alle forme statuali realizzatesi nell'Europa moderna e contemporanea, per esaminare poi la posizione attuale del funzionario, che viene ricostruita con spirito critico.

In particolare, nel primo capitolo si intende sottoporre, seppur sinteticamente, all'attenzione del lettore una ricostruzione della genesi e degli sviluppi dello *Stato moderno europeo*: la successione storica delle forme che hanno caratterizzato tale vicenda costituisce, infatti, premessa indispensabile per i capitoli successivi poiché mira ad indagare la nascita dell'idea stessa di pubblica amministrazione.

Nel secondo capitolo, è ricostruito il dibattito precedente all'entrata in vigore

¹ Si tratta della particolare relazione che si instaura tra l'ente e i soggetti addetti all'ufficio: essa ha come contenuto il dovere di agire in favore dell'ente svolgendo una determinata attività, vale a dire i c.d. doveri d'ufficio, a fronte dei quali corrispondono una serie di diritti in favore del dipendente. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, 111 ss.

della Costituzione sulla responsabilità della pubblica amministrazione: la ricostruzione storica dimostrerà quanto sia stata avvertita la problematica e quanti sforzi siano stati compiuti al fine di bilanciare interessi contrapposti, quali quelli del funzionario, del cittadino che subisce un danno e della pubblica amministrazione stessa.

Successivamente, ci si soffermerà sulla nozione stessa di funzionario, nonché su quella di funzionario *cd. di fatto* quale soggetto che, in assenza di un atto di investitura, per mancanza del titolo di legittimazione o per vizi del titolo stesso, ciò nonostante esercita potestà pubbliche. Infatti, centrale e punto di partenza nel discorso della tutela del cittadino nei confronti della funzione pubblica è la figura poliedrica del funzionario pubblico e dei suoi rapporti con la pubblica amministrazione, di cui costituisce emanazione in situazioni di immedesimazione².

Nel dettaglio, nel capitolo terzo è stato analizzato l'aspetto della responsabilità patrimoniale del funzionario verso i cittadini, mantenendo, invero, sullo sfondo la responsabilità complementare verso l'ente di appartenenza, senza però trascurare quella connessa e spesso concorrente degli enti pubblici verso i terzi, nella consapevolezza che esse s'integrano in rapporto di necessaria complementarietà, l'una con le altre, per formare un sistema unitario "originale" volto ad una piena tutela della cittadinanza sulla base di una ragionevole ripartizione del peso economico delle conseguenze dannose derivanti dalla cura degli interessi pubblici.

Le interferenze pubblicistiche, che ancora pur marginalmente permangono nella materia *de qua*, specie nell'area del *civil law*, e che hanno tanto interessato la dottrina amministrativistica, non sono invero tali da caratterizzare forme di responsabilità che per disciplina e natura intrinseca sono certo "civili" sotto tutti gli aspetti, per la circostanza obiettiva del comune fine di contemperare opposti interessi di soggetti dell'ordinamento posti, almeno sotto l'aspetto *de quo*, su piani paritetici³.

Non è, infatti, rilevabile in alcun ordinamento esaminato una deformazione dei principi di diritto comune, tale da indurre a configurarle espressione di un *diritto eccezionale*, anche se può risultare certo utile qualificarle forme *speciali* di responsabilità civile, pure in relazione al collegamento con quella dell'ente verso i terzi e del funzionario verso l'ente di appartenenza.

La specialità attiene più che altro alla particolarità delle situazioni giuridiche riscontrabili, con conseguenti specificazioni della disciplina di *diritto comune*, che viene ad adeguarsi ad esse senza sostanziali distonie⁴.

² Cfr. G. TERRACCIANO, *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia*, 1991, 633.

³ Basti por mente alla circostanza indubbia che nel diritto nord-americano si riscontra, proprio in materia di responsabilità, e più specificatamente nel quadro della *law of torts*, una «compresenza del diritto pubblico e privato», come osservato da G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990, 22.

⁴ Cfr. G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 22, che

In tal senso il discorso si riallaccia a una nuova impostazione formulata recentemente da un'autorevole dottrina, che persegue la ricomposizione del «tessuto di una rinnovata teoria dell'illecito extracontrattuale»⁵ e si interroga nel contempo su «quali debbano essere gli interessi, o, se si vuole, i valori, alla stregua dei quali va ridefinita la conformazione delle fattispecie di responsabilità civili nei vari ordinamenti»⁶.

Nella stessa ottica sembra trovarsi nella sostanza un orientamento⁷, che predilige l'individuazione degli specifici caratteri della responsabilità civile, allorché

puntualizza che «la lezione delle responsabilità speciali (tali perché di settore e non anche perché eccezionali) appare preziosa ed irrinunciabile».

⁵ Cfr. G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 16. Appaiono particolarmente interessanti alcune affermazioni dell'illustre Autore, secondo cui «Proprio dall'elaborazione delle discipline settoriali, da quelle codificate [...] a quelle di emersione dallo *ius* vivente [...] si desume l'indiscutibile *trend* di relativizzazione della struttura della situazione rispetto alla funzione che alla stessa è assegnata dalle gerarchie formali e sostanziali dei valori prescelti da ogni singolo ordinamento. Non sembra all'opposto, che una simile constatazione possa indurre il timore per lo smembramento della regola generale che, secondo taluno, finirebbe con il diventare uno strumento *bon à tout faire*, né pare da condividere l'avviso di chi, a fronte della specializzazione, se è consentito dirlo, della responsabilità civile, suggerisce il ripristino della centralità dell'articolo 2043 del codice civile, come archetipo rispetto al quale le altre regole siano un *quid pluris* oppure un *aliud*, ma non siano classificabili, in senso stretto, di illecito extracontrattuale. Siffatta visione probabilmente sottintende ancora la definizione della *lex specialis* come eccezionale [...]».

⁶ Cfr. G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 20, secondo cui, con riferimento al sistema francese, sussiste spesso «un conflitto tra l'aspirazione [...] alla sicurezza sociale e le resistenze alla concezione consolidata di illecito [...]».

⁷ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *L'individuazione degli specifici caratteri della responsabilità civile dell'amministrazione nel pensiero degli autori fra la fine del secolo scorso e gli inizi dell'attuale*, ove si afferma «Ci si discosta da quella che è l'impostazione attualmente più seguita nelle indagini in materia. In esse prevale infatti la tendenza a trasferire i risultati dell'analisi condotta in campo privatistico al tema più specifico della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Tale tendenza è naturalmente favorita quando, come avveniva alcuni anni or sono, vi è una certa stabilità di concetti rispetto all'istituto; tra i suoi pregi v'è quello di considerare la pubblica amministrazione su un piano paritario al privato e di essere rivolta a combattere i piccoli odiosi privilegi di cui rispetto a quest'ultimo gode la parte pubblica. L'impostazione in qualche modo opposta alla quale qui ci si atterra è invece quella di far leva sugli specifici caratteri che presenta l'istituto quando abbia luogo nei confronti della pubblica amministrazione. (La specificità del modo in cui si atteggia in tale ipotesi la responsabilità civile è una delle principali conclusioni cui perviene lo studio di E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 233 ss.). Il risultato che in tal modo si prefigge è di porre in risalto alcuni profili che altrimenti risulterebbero appiattiti: in particolare non verrebbe data alcuna estensione, che viceversa sembra possibile riconoscerle, all'area delle situazioni risarcibili e non verrebbe posto abbastanza in rilievo il significato che a tale tutela sarebbe attribuito. È poi possibile cercare di trasporre i risultati di tale indagine settoriale al tema della responsabilità civile in sé considerata, portando così un contributo, sia pure limitato dal particolare punto di riferimento costituito dalla pubblica amministrazione, alla problematica di questo istituto».

coinvolga un funzionario o il suo ente di appartenenza, piuttosto che trasferire i risultati dell'analisi condotta in campo privatistico al tema più specifico della responsabilità in esame.

Ad evitare una mera esegesi della normativa in vigore in Italia, è sembrato più produttivo utilizzare prevalentemente il criterio sistematico, combinando così il metodo induttivo al procedimento *a priori*, nel senso di ricercare nel diritto positivo i principi comuni della materia nei principali Paesi europei, disponendoli in forme logicamente ordinate e soddisfacenti, ai fini dello studio organico di ciascuna realtà giuridica⁸.

In tal modo il confronto critico tra i modelli vigenti in Europa viene operato sia a livello di sistema complessivo di responsabilità, al fine di ricavarne una visione d'insieme, sia a livello di singoli aspetti, per fissare elementi comuni e differenziati.

La ricerca dei valori sottostanti questa forma speciale di responsabilità civile costituisce forse lo scopo più ambizioso, in quanto consente di ritrovare una comune matrice culturale⁹ tra Paesi europei che ad un superficiale esame appaiono molto diversificati nelle soluzioni contingenti.

Così la conoscenza di tale istituto con il metodo del confronto spaziale, non disdegnante anche profili di evoluzione nel tempo – non limitandosi ad offrire un mero microrisultato settoriale, teso a delineare uno degli innumerevoli modelli presenti nei vari ordinamenti giuridici studiati – consente un allargamento dell'orizzonte a più di una struttura essenziale degli ordinamenti analizzati¹⁰, sì da poter affermare che viene messa in rilievo una delle loro caratteristiche fondanti.

Lo studio dell'istituto della responsabilità patrimoniale del funzionario pubblico, nel confronto dinamico con le esperienze maturate negli altri Paesi europei, evidenzia, soprattutto in virtù di una riscontrata circolazione dei relativi modelli, un nucleo comune di principi che, al di là della distinzione tra *civil law* e *common law*, fanno intravedere la possibilità di un maggiore avvicinamento e di una organica armonizzazione tra i relativi ordinamenti¹¹ per la realizzazione di un auspicabile “*common core*” della responsabilità *de qua*.

L'ultimo capitolo del presente studio completa l'*excursus* delle responsabilità, prevalentemente patrimoniali, cui sono assoggettati i funzionari pubblici, inten-

⁸ Tale metodo di indagine appare utilizzato da R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Camerino 1999.

⁹ Cfr. HENKE W., *Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht*, in *VVDStRL* 28, Berlino 1970, 172 ss.

¹⁰ Sul punto vedasi L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1996, 220-221, in cui vengono poste le basi della comparazione giuridica contemporanea, nella considerazione che essa si debba occupare essenzialmente dell'analisi dei sistemi complessivi, piuttosto che di singoli modelli, che trovano invece una loro collocazione nello studio delle singole discipline settoriali, nonché A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1996, 118 ss.

¹¹ Cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, Torino 2000.

dendo per tali i soggetti partecipi a qualsiasi titolo di una gestione pubblica¹².

Anche in questa sede, per una più completa comprensione, si è inteso inquadrare l'istituto nel più ampio contesto europeo, nel cui ordinamento si colloca, con sottoposizione a principi e prescrizioni ormai cogenti ed immediatamente applicabili, in una continua osmosi culturale.

La materia della responsabilità nelle gestioni pubbliche è in forte evoluzione, come dimostrano gli interventi legislativi degli ultimi anni, che ne hanno ampliato il campo, superando una visione esclusivamente risarcitoria, per introdurre ipotesi di responsabilità sanzionatorio-punitiva a carattere pecuniario, con conseguenze personali ridondanti a limitazioni di *status*.

Proprio questa variegata realtà legislativa suscita un particolare interesse per la materia e la necessità di tentare una ricostruzione che mantenga e/o riconduca detta materia al diritto speciale, evitando il pericolo, sempre latente, che la sua estrema peculiarità la spinga nel diritto eccezionale, con deviazione dai principi di civiltà giuridica ormai comunemente accettati nella comunità internazionale ed europea.

Ad evitare il prospettato pericolo è utile, anzi indispensabile, seguire come ferrea metodica una logica sistematica, fondata su un'estrema coerenza nello sviluppo dialettico di un pensiero, che dalle premesse, costituite dai principi e dalle norme fondamentali interne, europee ed internazionali, si sviluppi, "srotolandosi" sino ad includere correttamente le più minute disposizioni al riguardo.

In tale consapevolezza risulta centrale il costante riferimento al diritto comune, che nella materia analizzata è rappresentata essenzialmente dal diritto civile e dal diritto processuale civile, cui ormai si va uniformando il diritto amministrativo a seguito delle limitazioni di quelle posizioni di privilegio ampiamente riconosciute in un passato ancora recente ad una amministrazione centralizzata ed autoritaria.

¹² Cfr. F.G. SCOCA (a cura di), in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997.

Capitolo I

La formazione dello Stato moderno in Europa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le *origini* dello Stato moderno europeo. – 3. Le *forme* dello Stato moderno. – 4. Le *Costituzioni* dello Stato moderno europeo: tipologie.

1. Premessa

L'esperienza "Stato" non rappresenta una dimensione universale immutabile dell'organizzazione politica delle collettività umane. È, infatti, innegabile che i valori sociologici, economici e culturali che sottostanno al concetto stesso di Stato variano nel tempo e nello spazio¹.

La stessa origine della moderna accezione di Stato non è pacifica in dottrina², soprattutto in ragione del fatto che essa si è adattata alle esigenze mutevoli delle società umane, dando origine ad una pluralità di tipi di Stato³.

¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *Il nome di Stato*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940, 185 ss. O. CONDORELLI, in *Archivio Giuridico* 1923 (LXXXIX e XC), 223 e 77.

² Cfr. M. WEBER, *Economia e società (Wirtschaft und Gesellschaft)*, Milano 1968, ed. Comunità, II, 530.

³ Sulle forme di Stato gran parte della dottrina sostiene che tra Stato unitario, Stato federale e Stato regionale non siano ravvisabili reali differenze: queste, infatti, non riguarderebbero i fondamentali connotati del concetto di Stato, ma inciderebbero, sotto un profilo meramente quantitativo, sul grado di decentramento delle funzioni statali. Ne consegue che la forma di Stato federale e quella regionale costituirebbero una *species* dell'unico *genus* Stato unitario. Così G. DE VERGOTTINI, voce *Stato federale*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 831-860; G. LUCATELLO, voce *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA, E. EULA, Torino 1971, 333-355; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, vol. II, 1511 ss.; T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 1987, 32 ss.; A. REPOSO, voce *Stato federale*, in *Enc. Giur.*, Roma 1993, 1 ss.; B. CARAVITA, *Stato federale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, vol. VI, 5729 ss.; M. VOLPI, *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1995, 367; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 53.

Altri, invece, distinguono tra Stato unitario e Stato composto, da un lato, e tra Stati a forte decentramento politico e Stati a decentramento politico limitato. Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2005, 98.

Nella stessa esperienza europea moderna e contemporanea si passa da una costruzione unitaria dell'organizzazione statale, considerata quale ente, ad una più articolata struttura in cui acquistano personalità giuridica una pluralità di organi, quali la Corona, il Parlamento, i Comuni⁴.

Non è mancata una tendenza astratteggiante a considerare Stato ogni ordinamento generale, sino a giungere a costruire lo Stato quale "ente sociale"⁵.

Interessante anche il tentativo di identificare lo Stato, nell'ambito della pluralità di ordinamenti coesistenti, in ragione della presenza di alcuni tratti pertinenti all'organizzazione amministrativa, quali in particolare la formazione di una burocrazia professionale⁶.

In Europa le diverse modalità di formazione dei vari Stati alla fine del Medioevo hanno inciso profondamente sulla loro struttura organizzativa e sulla loro posizione rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento giuridico ad esso facente capo⁷.

Laddove, come nel mondo anglosassone, lo Stato modernamente inteso è stato la risultante di un accordo di fondo tra il Potere centrale e una pluralità di Poteri locali – che ha trovato la sua veste formale nella *Magna Charta Libertatum* emanata nel 1215 dal re Giovanni il Plantageneta – si è riusciti a salvaguardare a livello costituzionale tale "pari dignità", che si è accentuata con l'istituzione di altri organi costituzionali, quali il Parlamento⁸.

Allorché, invece, come nel resto dell'Europa Occidentale, il processo riformatore è partito dall'alto, nel senso di una concessione proveniente dal Potere Assoluto, si è conservato tale aspetto monolitico originario, dal cui influsso sono a fatica riusciti ad acquistare un minimo spazio i Poteri locali⁹.

Un fondamentale elemento differenziatore è rappresentato proprio dal modo

⁴ Cfr. E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari 1970.

⁵ La costruzione trae origine dall'opera di P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen 1876, riproposta in Italia da S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1945. Essa ha il difetto evidente di porre sullo stesso piano esperienze completamente diverse, quali tribù primitive e moderni stati federali.

⁶ Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, cit., nota del paragr. 4. Alla suddetta impostazione si è giustamente obiettato che tale fenomeno è piuttosto una conseguenza di tale forma di Stato.

⁷ Per vero, le varie tipologie di forme di Stato elaborate dalla dottrina sono solo degli «idealtipi», cioè *modelli* ricavati attraverso la comparazione di più esperienze costituzionali e l'individuazione di alcuni elementi comuni a tali esperienze, ritenuti caratterizzanti le stesse». Pertanto, «il modello è un concetto riassuntivo di tratti ricorrenti in una pluralità di sistemi costituzionali concreti, che si sono realizzati in tempi e luoghi diversi». Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2014, 36.

⁸ Cfr. W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Cambridge 1938. Sul punto è interessante la posizione di A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, London 1885, secondo cui non sussiste un *separate body of law* che disciplini l'amministrazione, ma vige il principio del *rule of law*, per cui v'è un'identica soggezione del cittadino e del funzionario alla legge ordinaria amministrata dai giudici.

⁹ Cfr. P. G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, Torino 2000, 7 ss.

con cui si sono venuti a comporre gli elementi dell'organizzazione costituzionale.

Nell'Europa continentale, partendo dall'esperienza francese, si forma prevalentemente lo Stato-ente, in cui questo costituisce un'unica persona giuridica costituzionale munita di un'unica struttura organizzativa articolata, a sua volta, in una pluralità di organi¹⁰.

In Gran Bretagna, invece, prevale la formazione del c.d. Stato-complesso, in cui lo Stato è il complesso coordinato di enti di livello costituzionale, cui è attribuita la personalità giuridica, talché sussistono varie organizzazioni quanti sono gli enti, nel loro complesso costituenti l'organizzazione dello Stato.

Un'altra fondamentale distinzione tra tipi statuali in Europa¹¹ si basa sul contenuto delle norme che disciplinano l'amministrazione ed in generale l'attività amministrativa pubblica¹².

Anche sotto questo profilo si è determinata una duplicità di modelli, di cui uno a normazione comune e l'altro a normazione pubblicistica, che riproduce la dicotomia sopra esaminata in tema di forme di Stato. Infatti, non è assolutamente necessario che la normativa sull'organizzazione e l'azione delle amministrazioni sia di diritto pubblico. Anzi, alcune confusioni a volta derivano dall'accezione diversa e ambivalente, con cui è utilizzato il termine "pubblico" nella teoria generale.

Da un punto di vista eminentemente soggettivo, "pubblico" significa afferente ad una comunità più o meno vasta di cittadini, sicché una siffatta fattispecie assume una dimensione di maggiore ambito e rilievo, anche se non richiede necessariamente una disciplina difforme da quella propria degli altri soggetti dell'ordinamento¹³.

Invece, da un punto di vista oggettivo, o più propriamente normativo, il termine "pubblico" indica l'assoggettamento di fattispecie ad una normativa di diritto pubblico, che pone una disciplina differenziata fondata su privilegi.

Dunque, l'amministrazione pubblica a normazione comune, realizzatasi in Inghilterra, è contraddistinta dalla mancanza di un corpo unitario di disposizioni

¹⁰ Cfr. F. HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte von funfzehnten Jahrhundert bis zum Gegenwart*, Stuttgart, 1954.

¹¹ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova 1998; J.M. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato* 1/1998, 171-191; V. ZENO ZENCOVICH, *Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.* 1998, V, 62 ss.; L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare. Modelli giuridici a confronto*, Napoli 1999; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli 1992; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Disciplina della concorrenza e trattativa privata*, in *Rass. dir. civ.* 1994, 587 ss.; R. SACCO, *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Contratti* 1995, 73; R. PESCARA, *Il problema dell'error juris nei contratti*, in *Rivista Diritto Civile* 1983, I, 756-820; L. SAPORITO, *Vizi del consenso e contratto nella Western Legal Tradition*, Napoli 2001.

¹² Cfr. M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Torino 1992.

¹³ Cfr. G.F. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *La scienza dell'amministrazione*, Atti del Convegno di studi del Centro studi amministrativi di Como, Milano 1957, 7 ss.

normative specifiche disciplinanti l'organizzazione e l'attività della stessa; trova applicazione il diritto comune nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, salvo naturalmente una parte marginale di aspetti funzionali (polizia, difesa, ecc.) e dell'organizzazione di vertice regolata direttamente dal diritto costituzionale.

Tra i privatisti la locuzione "diritto comune" ha sempre suscitato non poche perplessità per la latente confusione terminologica con lo *jus commune* storico¹⁴.

Nella restante parte dell'Europa Occidentale, invece, la posizione dell'amministrazione, che in origine si fondava sul diritto comune, si è via via differenziata da quella degli altri soggetti, venendo ad essere regolata da un proprio specifico corpo di norme, costituente una sorta di "diritto eccezionale" per la indubbia circostanza di fondarsi su privilegi¹⁵.

Corpo di norme che da un diritto pubblico generico si è venuto a caratterizzare come "diritto amministrativo" vero e proprio con l'affermazione dello Stato di diritto¹⁶.

Di questo processo si darà conto nei prossimi paragrafi.

2. *Le origini dello Stato moderno europeo*

Con la locuzione Stato moderno europeo si intende la realtà politico-istituzionale che caratterizza la storia europea a partire dal XIV secolo fino agli Stati costituzionali e alle Costituzioni democratiche del nostro tempo¹⁷.

Più nel dettaglio, la vicenda dello Stato moderno europeo inizia nel XIII secolo, epoca in cui si diffonde una certa tendenza nell'organizzazione del governo del territorio dei molteplici territori presenti in Europa, i cui caratteri di fondo sono ravvisati nella:

a) presenza di un signore che esercita in modo più o meno consistente i poteri d'*imperium*, ovvero il potere di dire la giustizia, di esigere le imposte e di chiamare alle armi, con riferimento a un territorio (provincia, contea, principato, regno, *Land*);

¹⁴ Cfr. F. WIACKER, *Provatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottingen 1952, che pure ammette tale terminologia senza il timore di confusioni.

¹⁵ Cfr. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris 1968.

¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1988, 23 ss.

¹⁷ Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari-Roma 2002, 3 ss. ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà fondamentali*, Torino 1995. L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di "Stato moderno"*, in *Storia. Amministrazione. Costituzione. Annale ISAP* 2/1994, 259 ss. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2016, 14 ss. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, 19 ss.; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in *Scritti minori* a cura di G. ZANOBINI, Milano 1990, I, 379 ss.

b) presenza di un'assemblea rappresentativa¹⁸ che svolge una decisiva duplice funzione, da un lato, pone limiti al signore, mantenendo integri i privilegi e gli ordinamenti di ceto e di luogo che si trovano all'interno del territorio, dall'altro collabora con lui per il governo del territorio medesimo, come se questo fosse ormai una sorta di 'bene comune', cui dedicare, a certe condizioni, precise risorse, essenzialmente tramite i tributi e la difesa militare dei confini;

c) presenza di regole, per lo più di origine consuetudinaria, che però vengono sempre più messe in forma scritta, assumendo, anzi, il significato di un vero e proprio contratto tra il signore e le forze presenti sul territorio¹⁹.

Ebbene, in presenza di tali elementi può dirsi esistente uno 'Stato' poiché si tratta di una realtà territoriale, governata sempre più nel suo insieme, e in modo sempre più istituzionalizzato, secondo regole scritte che fissano il ruolo di ognuno.

È questo il senso fondamentale della trasformazione cui si assiste nel passaggio dall'età medievale a quella moderna, ed è questo il carattere dello Stato moderno europeo, che è possibile cogliere alle sue origini: «lo Stato come governo di un territorio, che opera in modo sempre più disciplinato e regolato, con l'intento di consociare le forze operanti su quel territorio, di ricondurle a una prospettiva comune»²⁰.

Tuttavia, allo Stato moderno europeo manca qualsiasi pretesa monopolistica sia sul versante dell'esercizio del potere che su quello della cittadinanza propria di un vero Stato moderno: detto in altri termini, esiste un Stato, perché c'è già un governo e un territorio, ma non c'è ancora la sovranità²¹.

3. Le forme dello Stato moderno

Lo Stato moderno europeo, come anticipato, prende forma quando all'interno di un certo territorio si determinano le condizioni per l'esistenza di un governo non ancora monopolistico e sovrano, ma che esercita funzioni d'*imperium*, di amministrazione della giustizia, d'imposizione dei tributi, di difesa del territorio e

¹⁸ Che proprio in questo periodo prende diverse denominazioni: *Landtage*, *Parliaments*, *Cortes*, Stati generali.

¹⁹ Si tratta, in particolare, dei cd. 'contratti di dominazione' che si diffondono in molti territori europei dal XIV secolo in poi, volti a precisare e circoscrivere le posizioni e i poteri di ciascuna forza agente, compreso il signore e con l'intento di rappresentare e fissare i modi di partecipazione di ciascuno alla cura del bene comune, e dunque al governo del territorio.

²⁰ M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 6. ID., voce *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 708 ss. A. MARONGIU, *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, Roma 1971. N. BOBBIO, *Stato*, in *Enc. Einaudi*, Torino 1981, 453 ss.

²¹ Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 55 ss., ora anche in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 71 ss.

di tutela dell'ordine e della pace interna, in collaborazione con le comunità rurali di origine feudale, le realtà cittadine, gli ordinamenti ecclesiastici, le corporazioni, secondo regole scritte e condivise, che impegnano i diversi soggetti coinvolti confermando i loro diritti, ma anche assegnando loro ruoli e responsabilità nell'ambito del governo del territorio medesimo²².

La prima forma di Stato moderno europeo, prevalente fino alla Rivoluzione francese, è senz'altro quella dello Stato giurisdizionale²³, caratterizzato da:

a) un territorio sempre più inteso in senso unitario, ma in cui l'unità è preceduta, logicamente e storicamente, dalle parti che la compongono (si pensi alle città, alle comunità rurali, agli ordinamenti ecclesiastici, alle corporazioni), il cui contributo attivo è necessario per esercitare il governo del territorio medesimo;

b) un diritto sempre più funzionale alla cura dell'intero, ma che non si traduce automaticamente in un diritto gerarchicamente sovraordinato rispetto ai diritti delle parti e dei singoli luoghi;

c) un governo che opera con riferimento al territorio nel suo complesso ma non per questo con l'intento di generare uniformità della periferia al centro: un governo, dunque, che non opera per il tramite di un'amministrazione deputata a esprimere al centro come in ogni punto della periferia, la presenza e la forza dell'*imperium*, ma per il tramite della giurisdizione, che consene in modo più elastico di governare una realtà territoriale complessa, con l'intento di mantenere la pace, di consociare e tenere in equilibrio le forze concretamente esistenti.

La storiografia tradizionale considera lo Stato assoluto, soprattutto del XVII secolo, la prima forma di Stato moderno che, provvedendo, in misura diversa, a statalizzare le funzioni dell'*imperium*, l'esercizio della giurisdizione, il potere d'imporre tributi, il potere di chiamare alle armi e di organizzare l'esercito, e creando a questo proposito una burocrazia professionale, di estrazione non feudale e non patrimoniale, avrebbe in sostanza preparato la caduta dei privilegi, e sotto questo profilo la stessa rivoluzione con l'affermazione dei diritti individuali²⁴.

Per vero, parte della dottrina²⁵ utilizza l'espressione "Stato assoluto" per e-

²² Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit. 7. ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Milano 2011, II; E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Milano 2002; G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Roma 1989, 1 ss.

²³ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2011.

²⁴ Cfr. a mero titolo esemplificativo C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, 6 ss. M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.* 1973, 214 ss.; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, XIX, 638 ss.; ID., *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 2600 ss.; G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, I, 31; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 552 ss. G. AMATO, *Forme di Stato e di forme di governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 37 ss.

²⁵ Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 10 ss.

sprimere la tendenza di alcune monarchie europee, in particolare nel corso del XVII secolo, a semplificare in senso assolutistico la forma di governo monarchica, riducendo i poteri dei Consigli che cooperavano con i sovrani, o dei soggetti istituzionali che potevano esercitare un certo controllo sull'azione della stessa monarchia.

L'assolutismo si è manifestato in forme diverse a seconda dei territori e delle tradizioni locali: si pensi a quello francese del lungo regno di Luigi XIV (1661-1715), ove il sovrano governava depotenziando al massimo il ruolo del Consiglio, ridotto a un organo puramente tecnico, così come quello dei parlamenti, il cui potere di rimostranza nei confronti della normazione regia viene sensibilmente ridotto; a quella inglese della prima metà del XVII secolo, destinato a scontrarsi con la grande tradizione parlamentare inglese (principio del *King in Parliament*), e anche con la *common law*, con il ruolo forte e autonomo della giurisprudenza.

Pertanto, in tale prospettiva²⁶ l'assolutismo politico consiste nella tendenza della monarchia ad eliminare sempre più le diverse forme di condivisione del potere che si erano stratificate nel tempo.

Ebbene, la Rivoluzione Francese per mezzo dell'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 (secondo cui «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente») segnerà la nascita di una nuova forma di Stato, contenendo quella nozione di sovranità assente nello Stato giurisdizionale.

Tale disposizione collega, significativamente e inscindibilmente, i poteri d'*imperium* al principio della sovranità, ovvero alla situazione della esclusività, del monopolio: l'esercizio dell'autorità, e dunque la stessa capacità di coazione sugli individui, è ora possibile e legittima solo a condizione di essere unica, e più precisamente di essere quella, e solo quella, che può dirsi autorizzata dalla Nazione²⁷. Ne consegue che altre autorità, di ambito più ridotto, non sono più tollerabili: esiste solo la Nazione e le sue articolazioni; che il territorio, tradizionalmente popolato da una grande quantità di soggetti, può essere ora diviso con le regole della tecnica amministrativa; che la forza sovrana della Nazione vale anche in direzione del monarca, nel senso che lo stesso perde ogni legittimazione propria, potendo essere conservato solo in quanto espressione, anch'egli, della sovranità della Nazione, da essa, e dalla sua costituzione, autorizzato a esercitare una qualsivoglia autorità.

²⁶ *Op. et loc. ult. cit.*

²⁷ Sull'idea di Nazione cfr. V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 787 ss. D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 341 ss. P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Nazione*, in *Nss. D.I.*, Torino 1965, 183. ID., voce *Stato (storia del diritto)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1971, 263 ss. E. TOSATO, voce *Stato (dir. cost.)*, *Enc. dir.*, Milano 1985, 768 ss. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 4 ss. P. VERONESI, *Sulle tracce dei concetti di «Nazione» e di «Unità nazionale»*, in *Quaderni costituzionali* 2/2011, 313 ss. (e alla bibliografia richiamata).

La rivoluzione produce, pertanto, una cesura, una nuova costituzione e una nuova forma di Stato, che si caratterizza per il crollo della funzione giudiziaria propria dello Stato giurisdizionale a favore di quella legislativa (c.d. Stato di diritto), come enunciato dall'art. 6, che dispone: «La legge è l'espressione della volontà generale».

Da tale disposizione emerge allora che in presenza di una legge bisogna presumere che in essa sia contenuta la volontà generale²⁸, ovvero la realizzazione del progetto della rivoluzione stessa, consistente nell'affermazione di una sola volontà, espressiva dell'intera Nazione, al posto delle molte volontà che prima caratterizzavano le realtà politiche territoriali.

Accanto alla centralità della legge, espressione della volontà generale e della sovranità della Nazione e alla conseguente subordinazione dei giudici alla legge, si colloca un ulteriore elemento di novità, parimenti conseguente al crollo dello Stato giurisdizionale: l'esecuzione della legge avviene in questo momento storico per opera di un vero e proprio nuovo soggetto, che è la *pubblica amministrazione*, chiamata a rappresentare lo Stato in azione, che tenta di dare risposte ai bisogni concreti dei cittadini: è questa l'altra grande differenza rispetto allo Stato giurisdizionale, nel corso del quale, invece, non si affermò la necessità di una funzione amministrativa distinta e autonoma rispetto a quella giurisdizionale²⁹.

A partire dalla rivoluzione, e sempre più nel corso del successivo secolo XIX, non si potrà più pensare ad uno 'Stato', o ad un 'governo', senza contestualmente pensare all'esistenza, accanto alla legislazione, di una funzione amministrativa che opera in modo uniforme sull'intero territorio, cui è assegnato il compito di dare concretezza allo stesso 'Stato' e alla volontà generale contenuta nella legge.

Proprio in questo periodo si segna il passaggio dallo Stato giurisdizionale allo Stato legislativo e amministrativo, con la precisazione che anche la sovranità nasce limitata, nel senso che esiste in funzione di uno scopo principale se non esclusivo: quello di generare una legge positiva statale capace di garantire i diritti agli individui in quanto tali, in condizioni di uguaglianza. Una società in cui tutti utilizzano, nella vita di relazione giuridicamente significativa, gli stessi strumenti giuridici.

Lo Stato di diritto è stato, dunque, la forma politica che ha dominato l'Europa del XIX secolo e della prima metà del XX, caratterizzato da una costituzione liberale, che ha provveduto a equilibrare i poteri, in particolare tra monarchie e parlamenti, e a riservare alla legge la normazione sui diritti, sempre più sottratta al decreto regio.

²⁸ Non è possibile in questa sede richiamare la bibliografia in tema di democrazia diretta e rappresentativa. Sul punto si rinvia a mero titolo esemplificativo a U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano 2011, 295 ss. M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012 e bibliografia ivi richiamata.

²⁹ Cfr. G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2000, I, 89 ss.; ID., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996, 22 ss; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 3 ss.

La stessa legge, inoltre, ha assunto la forma, sistematica del Codice, nel campo civile e penale e nella disciplina dei processi. Nello stesso tempo, nella medesima fase storica delle codificazioni, si formerà il “diritto amministrativo”, un diritto proprio e specifico dell’amministrazione pubblica, espressione di autorità, e in qualche modo di superiorità sui privati, ma anche destinato a normare l’azione dei pubblici poteri e, in ultima analisi, ad accrescere la possibilità degli stessi privati di ricorrere contro gli atti dell’amministrazione al fine di ottenere una più ampia sottoposizione dell’azione amministrativa al sindacato del giudice.

Per vero, nel complesso panorama europeo tra XIX e XX secolo, lo Stato di diritto, si è rivelato incapace di far fronte ad alcune grandi sfide del Novecento. Infatti, a partire dalla seconda guerra mondiale lo Stato di diritto viene scardinato e colpito nel suo pilastro centrale, ovvero la forza e l’autorità della legge, dal basso, sottoponendola a un incessante processo di contrattazione sociale, e dall’alto, sottoponendola al controllo di costituzionalità a tutela degli stessi diritti degli individui. Nasce così lo Stato costituzionale, caratterizzato, da una parte, dalla rinascita politica degli interessi particolari, organizzati anche per il tramite dei partiti politici, influenti nella società e nei parlamenti, e, dall’altra, dall’idea sempre più ricorrente, incompatibile con lo Stato di diritto scaturito dalla rivoluzione, della Costituzione come norma superiore alla stessa legge dello Stato, contenente i principi fondamentali di una certa comunità politica, alla luce dei quali sindacare e giudicare l’opera dello stesso legislatore. Per un verso, una legge socialmente contrattata, per l’altro, una legge che può essere posta sotto giudizio, e può essere giudicata nulla a causa del suo contrasto con la Costituzione, ad opera dei giudici, perché da questi ritenuta lesiva proprio dei diritti degli individui, che prima non erano neppure pensabili senza la legge, e che nello Stato costituzionale si ritengono, invece, fondati direttamente nella Costituzione³⁰.

Resta da chiedersi quante costituzioni ha avuto lo Stato moderno europeo.

4. Le Costituzioni dello Stato moderno europeo: tipologie

La storia ha conosciuto numerosi *tipi storici* di Costituzione.

In particolare, quella più risalente si colloca all’epoca dello Stato giurisdizionale e si definisce come costituzione di tipo *cetuale*³¹. Questo tipo storico di costituzione ha dominato la scena europea fino alla rivoluzione e si fondava sul ruolo svolto dai signori territoriali e dal monarca, che non era solo di opposizione o di resistenza, di difesa degli antichi privilegi e dei diritti particolari, ma anche di collaborazione e di partecipazione al governo, attraverso le nascenti assemblee rappresentative, mediante la definizione sempre più frequente di regole scritte condivise.

³⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, cit.

³¹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, 51 ss.; ID., *Stato e costituzioni*, cit., 22 ss.; E. ROTELLI, P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno, I, Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna 1971.

Gli elementi che compongono la costituzione *cetuale* sono:

a) il popolo, che non rappresenta un insieme di individui sottoposti all'autorità di una medesima legge, e sulla base di questa titolari dei medesimi diritti. Il popolo è piuttosto una concreta realtà storico-costituzionale entro cui si consociano, all'interno di un dato territorio, una molteplicità di soggetti collettivi, di ordini, di città, di comunità, di corporazioni, attraverso una serie di patti e di contratti, che puntano a conservare l'identità distinta, anche in senso giuridico, dei singoli soggetti, ma nello stesso tempo riconoscendo l'esistenza dell'intero, del popolo stesso.

b) il Re o signore territoriale, titolare di vasti poteri d'*imperium*, ma che per quanto forte e potente sia è destinato ad arrestarsi di fronte all'esistenza di un popolo concretamente portatore di una serie di diritti e ordinamenti tra loro concatenati, che alla fine danno come risultato la *legge fondamentale* di un certo territorio, che quel signore non può arbitrariamente mutare a proprio piacimento. Se ciò accadesse, il popolo potrebbe esercitare, contro il signore e contro il monarca, attraverso le assemblee rappresentative e attraverso i propri ufficiali e magistrati, il *diritto di resistenza*, per riaffermare l'ordinamento storico-costituzionale esistente.

c) infine, la costituzione *cetuale* è una *costituzione mista*, da cui sono generate forme di governo *moderate* e *bilanciate*: essenzialmente monarchie temperate, che affiancano alla stessa monarchia, per il tramite delle assemblee rappresentative, dei Consigli, dello stesso ceto gli ufficiali e dei magistrati, le componenti popolari e aristocratiche.

La più nota tra le costituzioni *cetuali* è quella britannica del *King in Parliament*, dei tre rami del parlamento, monarchico, aristocratico con i *Lords*, popolare con i *Commons*.

In sintesi, la costituzione *cetuale* non è solo la costituzione dei privilegi, ma anche un modo complessivo di organizzazione dei rapporti politici e sociali, dotato di una propria razionalità interna, che ha governato le sorti del *diritto pubblico europeo* per lungo tempo³². Essa sarà superata non solo dall'affermarsi del principio di sovranità, ma anche dall'associarsi regressivo di tale principio, sempre

³² In dottrina si è sostenuto che tra la costituzione *cetuale* e la costituzione *liberale*, che si affermerà con la rivoluzione, si è diffusa sul piano storico una forma costituzionale intermedia, definita *cetual-assolutistica*. La costituzione *cetual-assolutistica* è mediamente, in Europa, la costituzione degli Stati assoluti dei due secoli precedenti la rivoluzione. Nel dettaglio, il fondamento della costituzione è ancora *cetuale* ed è collocato in una fitta rete di corpi, di città, di comunità, di corporazioni, ma non può più essere tale *la forma della costituzione*, che non può più articolarsi in senso misto, moderato e bilanciato. Infatti, sul fondamento *cetuale* della costituzione si afferma un potere di qualità nuova, ispirato dal principio-guida della sovranità, che si caratterizza come potere *perpetuo*, nel senso di originario, non derivato da altri poteri, e dunque da nessun altro potere revocabile, e come potere *assoluto*, che tende quindi a sfuggire alla logica tradizionale della costituzione mista, della pattuizione, della condivisione, del controllo e del bilanciamento. Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 22 ss.

più evidente nel cammino verso la rivoluzione, con il *giusnaturalismo moderno*, con il paradigma dei diritti naturali individuali. In altri termini, la costituzione cetuale cadrà quando diverrà chiaro che essa era il luogo di conservazione dei privilegi, che contrastava non solo il nuovo principio di sovranità, ma anche l'altrettanto nuovo principio di uguaglianza.

La rivoluzione raccoglierà tale eredità determinando la fine della costituzione cetuale e l'avvento dello Stato di diritto, con la conseguente affermazione della *costituzione liberale*. La Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789, infatti, recepisce entrambi gli elementi liberati dalla dissoluzione della costituzione cetuale: la *sovranità* e i *diritti individuali*³³.

I due elementi si legano, all'interno del nuovo modello instaurato dalla rivoluzione, secondo i criteri e i principi della nuova *costituzione liberale*:

a) il principio della *presunzione di libertà*, secondo cui gli individui si presumono liberi a meno che non intervenga una legge che vieta, impedisce, costringe o ordina, come recita l'art. 5 della Dichiarazione: «Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina»;

b) il criterio della riserva di legge, secondo cui solo la legge può disciplinare e limitare l'esercizio dei diritti degli individui, perché solo la legge possiede i requisiti della generalità e dell'astrattezza, come dispone l'art. 4 della Dichiarazione, secondo cui «l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti», e che tali limiti, proprio nella linea della riserva di legge, possono «essere determinati solo dalla legge»;

c) il principio della *costituzione* come atto che *garantisce i diritti* e *separa i poteri*, secondo quanto contenuto nell'art. 16 della Dichiarazione: «Ogni società, in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione». Da tale disposizione emerge che la 'costituzione' deve compiere almeno due fondamentali operazioni: garantire i diritti e separare i poteri. È sulla base di questo principio che le costituzioni che seguiranno la rivoluzione si occuperanno di perseguire queste due fondamentali finalità: da una parte, sottraendo sempre più agli atti degli esecutivi in genere la disciplina dei diritti e prevedendo, quindi, nelle costituzioni, in funzione di *garanzia* dei diritti, riserve di legge più o meno ampie e determinate; e, dall'altra, costruendo forme di governo non assolutistiche, in cui i poteri tendano a equilibrarsi, a non esorbitare, come nel caso delle monarchie costituzionali e parlamentari del XIX secolo³⁴.

³³ Sui diritti individuali cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, VI vol., Roma Bari 1999-2001. ID., *Diritti*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., 38 ss.

³⁴ La *costituzione liberale* dello Stato di diritto si basa su una sorta di presupposto inespesso, ma decisivo: «che si possa considerare ormai spento il motore del *potere costituente*, che la rivolu-

In definitiva, la costituzione è essenziale per la delimitazione della forma di governo entro cui si sviluppano le relazioni politico-istituzionali, e si accresce il peso degli stessi parlamenti, ma non può porsi, in quest'epoca, che la costituzione è *al di sopra della legge*, in modo tale da produrre l'invalidazione di quella legge che eventualmente contrasti con la costituzione medesima.

Pertanto nel '900 il limite dello Stato di diritto e della *costituzione liberale* è proprio rappresentato dal mancato riconoscimento della Costituzione come fonte sovraordinata alle altre leggi e dalla mancanza di un controllo di costituzionalità delle leggi.

La società europea del '900 non intende solo contrattare i contenuti della legge con strumenti nuovi, che sono i partiti, le organizzazioni degli interessi, i sindacati, demolendo sempre più la legge come espressione della volontà generale. Essa intende anche riproporsi come *volontà costituente*, proponendo nel corso del Novecento alcuni grandi momenti di sintesi sul piano politico, che sono le Assemblee costituenti (si pensi alla prima, che è quella tedesca di Weimar del 1919; a quelle successive, che spesso segneranno la fine di precedenti regimi totalitari, come nel caso della Costituente italiana del 1947) in cui viene progettato un nuovo tipo storico di costituzione: si afferma della *costituzione democratica*, che a differenza di quella liberale non si limita a disegnare la forma di governo e a rafforzare la garanzia dei diritti.

La costituzione democratica contiene, innanzitutto, i *principi fondamentali* che caratterizzano un determinato regime politico, consegnando ad esso una precisa identità sul piano storico-costituzionale: si tratta di quei principi che neppure il legislatore può violare, perché violare quei principi significherebbe intaccare l'identità stessa di quella comunità politica. E tra quei principi vi è certamente quello della *inviolabilità dei diritti fondamentali* da tutelare per mezzo del controllo di costituzionalità, anche contro la possibile violazione da parte del legislatore.

zione aveva acceso, che si possa considerare ormai chiusa la grande discussione politica sul soggetto chiamato a esprimere con la sua volontà lo stesso principio di sovranità. Ci si allontana così sempre più non solo dall'idea radicale del *popolo sovrano*, ma anche dalla grande e poderosa immagine del *legislatore rivoluzionario*, diretto con la sua volontà a distruggere un intero sistema politico e sociale, l'antico regime. Al posto di concezioni della sovranità così intensamente legate alla presenza di *un soggetto* capace di volere, prende campo sempre più l'idea della *sovranità della legge*, in senso oggettivo, come fonte di diritto. Al posto di concezioni della sovranità così intensamente legate alla presenza di *un soggetto* capace di volere, prende campo sempre più l'idea della *sovranità della legge*, in senso oggettivo, come fonte di diritto». Così M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 28.

Capitolo II

L'art. 28 Cost.: precedenti storici e dibattito in Assemblea Costituente

SOMMARIO: 1. La responsabilità della pubblica amministrazione nelle Commissioni di studio. – 2. Il dibattito in Assemblea Costituente. – 3. La disciplina costituzionale dell'art. 28.

1. La responsabilità della pubblica amministrazione nelle Commissioni di studio

Il problema della responsabilità della pubblica amministrazione ha agitato il dibattito in seno alle varie Commissioni di studio prima ancora che in Assemblea Costituente¹.

In particolare, la Commissione per la riforma dell'Amministrazione, istituita con decreto del Presidente del Consiglio 11 ottobre 1944, preparò uno schema di legge generale sulla Pubblica Amministrazione², nel quale al titolo V si occupò della responsabilità in genere della P.A., comprensiva sia dell'indennità per sacrifici imposti nell'interesse generale (artt. 69 e 71), sia del risarcimento dei danni per atti illeciti (art. 68)³.

La relazione che accompagna lo schema di legge individua anche gli elementi principali dell'art. 68:

¹ Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, marzo-aprile 1957, 29 ss.

² Presidenza del Consiglio dei Ministri. Commissione per la riforma dell'Amministrazione, *Poliografico dello Stato*, 1948.

³ Che dispone: «La Pubblica Amministrazione è responsabile dei danni causati ad altri soggetti con la propria attività quando questa risulti contraria alle leggi e alle altre norme giuridiche in genere. La responsabilità della Pubblica Amministrazione sussiste anche quando siano violate le norme di organizzazione poste dalla stessa amministrazione, che siano idonee a costituire una tutela per i singoli nonché quando siano state violate le regole elementari di diligenza e prudenza. L'Autorità giudiziaria può sempre accertare le violazioni anzidette.

La Pubblica Amministrazione non risponde dei danni causati con atti illeciti dai concessionari di pubblici servizi o dagli appaltatori di opere pubbliche. Sono salve le disposizioni particolari delle leggi speciali».

- a) la responsabilità dell'Amministrazione è diretta poiché il fatto del dipendente, quando è volto a conseguire i fini propri dell'ente, è da ascrivere all'ente stesso;
- b) non sussiste, quindi, la responsabilità dell'Amministrazione nei casi in cui venga a mancare questa immedesimazione: si pensi alle ipotesi in cui l'attività del dipendente sia diretta a soddisfare interessi privati oppure non si tratti di dipendenti dell'ente, come accade ad es. per gli appaltatori, i concessionari di pubblici servizi;
- c) la responsabilità dell'Amministrazione sussiste sia in caso di violazione dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi;
- d) la responsabilità dell'Amministrazione è fondata sulla colpa, che viene riconosciuta nei limiti in cui vi sia una violazione della legge o di altre norme giuridiche, delle norme di organizzazione, delle regole elementari di diligenza e prudenza; e solo entro questi limiti viene consentito all'Autorità giudiziaria di sindacare la discrezionalità dell'azione amministrativa.

La Commissione ha evidenziato i limiti della materia in esame, che derivano sostanzialmente dalla mancanza di iniziativa degli impiegati e la difficoltà di accertare la loro responsabilità, affermando che tutto il nostro meccanismo burocratico sembra fatto apposta per volatilizzare la responsabilità individuale.

Ancora, la Commissione ha manifestato la necessità di costruire un sistema ed un'organizzazione diretti alla distribuzione di servizi e ad una rigorosa determinazione di competenze poiché, in tale prospettiva, fissare bene la responsabilità di ciascuno vuol dire anche stabilire una remora e un ostacolo agli abusi.

In sintesi, la Commissione si limita a proporre una rigorosa ripartizione di competenze senza trarne, tuttavia, alcuna conseguenza in ordine alla particolare materia della responsabilità del funzionario verso terzi.

Il problema è stato successivamente ripreso dalla Commissione per gli Studi sulla riorganizzazione dello Stato⁴, c.d. Commissione Forti.

Sulla base del presupposto secondo cui la responsabilità del funzionario, nelle sue varie forme (civile, penale, disciplinare) e verso i vari soggetti (i cittadini, lo Stato) resta fuori dal campo del diritto costituzionale poiché, nella tradizione italiana, una responsabilità in tanto può presentare una rilevanza costituzionale in quanto risponde a una finalità di garanzia dei diritti, ha proposto la seguente norma: «lo Stato e le altre pubbliche amministrazioni rispondono dei fatti colposi, che cagionino danni a terzi, compiuti dai loro dipendenti nell'adempimento delle loro funzioni».

La norma presenta molti punti di contatto, ma anche alcune divergenze, con quella elaborata dalla Commissione per la riforma dell'Amministrazione.

Innanzitutto, la responsabilità dello Stato è diretta, ma la norma precisa che il fatto causale della responsabilità è quello del pubblico funzionario e solo viene considerato come fatto dell'Amministrazione.

Questo vale per i fatti colposi, i soli presi in considerazione dalla norma, non anche per i fatti dolosi, che in quanto diretti a scopi diversi ed estranei da quelli dell'Amministrazione, non possono essere a questa imputati come fatto della stessa.

⁴ Cfr. Relazione all'Assemblea Costituente, Roma 1946, 311 ss., 421 ss.

La norma esclude, quindi, la configurabilità di una responsabilità obiettiva. La responsabilità dell'Amministrazione si fonda, invece, sulla colpa del funzionario che viene considerata come colpa dell'Amministrazione.

Inoltre, non si disconoscono i limiti per l'Autorità giudiziaria di accertamento di tale colpa, nulla a questo riguardo viene, per vero, stabilito dalla norma.

Infine, la relazione, anche se non affronta *ex professo* il problema, configura la responsabilità dell'Amministrazione come conseguente alla violazione dei diritti e non di interessi legittimi.

In conclusione, le proposte delle due Commissioni non si discostano, in sostanza, né dalla tradizione dottrinarica italiana, anche se risentono delle incertezze che ancora vi sono sulla materia; né dall'indirizzo giurisprudenziale, ove si eccettui la tendenza della Commissione per la riforma dell'Amministrazione di introdurre la responsabilità per violazione di interessi legittimi, che viceversa viene negata in giurisprudenza.

2. Il dibattito in Assemblea Costituente

I lavori dell'Assemblea Costituente, pur tenendo conto dei risultati raggiunti dalle Commissioni di studio, hanno evidenziato ulteriori aspetti pratici e alcuni profili costituzionali del problema.

Nel dettaglio, il testo della norma proposta dai relatori, che fu discussa dinanzi alla prima Sottocommissione così stabiliva: «I funzionari dello Stato sono responsabili, ai sensi della legge generale o di quella civile, per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti sanciti dalla presente Costituzione.

Lo Stato risponde solidamente con i funzionari per i danni»⁵.

Dalla norma in esame emerge che la responsabilità dei funzionari è posta sullo stesso piano costituzionale di quella dello Stato; la norma assume in questa nuova formulazione un carattere sanzionatorio e concerne i diritti di libertà.

In particolare, su proposta prima dell'on. Basso e poi su accordo degli on. Basso e Dossetti, fu approvato l'emendamento con cui si estendeva l'applicazione della norma a tutti i pubblici funzionari, compresi i dipendenti degli enti pubblici.

Ancora, fu approvato un emendamento proposto dall'on. Lucifero, con il quale si riconosceva la responsabilità dei pubblici funzionari per la violazione di tutti i diritti sanciti dalla Costituzione.

Inoltre, il Comitato di redazione introdusse la menzione della responsabilità disciplinare dei funzionari in base alle leggi amministrative e modificò la natura della responsabilità dello Stato e degli altri enti pubblici, parlando non più di responsabilità solidale ma di garanzia⁶.

⁵ Atti dell'Assemblea Costituente, I Sottocommissione, seduta 1 ottobre 1946, 158 ss.

⁶ Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, cit., 31.

A seguito degli emendamenti apportati, il testo della norma portato in Assemblea risulta così formulato: «I dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono personalmente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. Lo Stato e gli enti pubblici garantiscono il risarcimento dei danni arrecati dai loro dipendenti»⁷.

Il dibattito sulla formulazione del testo continuò, dunque, in Assemblea ove fu respinto un emendamento, proposto dall'on. Costantini, volto ad ammettere il risarcimento dei danni anche in caso di violazione degli interessi legittimi.

Similmente, fu respinto un emendamento dell'on. Carignani, tendente ad escludere la responsabilità civile dei pubblici funzionari.

Pure l'emendamento proposto dall'on. Corsanego, di indicare nella norma la responsabilità per le omissioni accanto a quella per gli atti, fu respinto, poiché il Presidente della Commissione chiarì che l'una dovesse intendersi compresa nell'altra.

Fu, invece, approvato l'emendamento del Presidente della Commissione per qualificare la responsabilità del funzionario come "diretta" anziché "personale".

Più complessa fu la discussione sulla seconda parte della norma che prevedeva una garanzia giuridica dello Stato, volta, come chiarito dal Presidente della Commissione, ad affermare il principio nuovo di una responsabilità civile graduata, che investe prima il funzionario e in via sussidiaria l'Amministrazione, subordinando la responsabilità di questa all'accertamento della responsabilità dei primi.

Nel dettaglio, secondo l'on. Dominedo parlare di "garanzia" dell'Amministrazione era tecnicamente improprio e pertanto suggeriva di prevedere genericamente che lo Stato e gli enti pubblici "sono tenuti al risarcimento [...]".

Invece, l'on. Veroni propose di tornare alla formula contenuta nel testo originario sottoposto alla Sottocommissione, prevedendo una garanzia solidale dell'Amministrazione.

L'on. Oro Nobili si richiamò, invece, alla responsabilità diretta dell'Amministrazione, secondo l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, proponendo, in virtù dell'intento pratico che si intendeva perseguire, di usare una formula che consentiva di non frustrare un tale intento, restando, peraltro, nell'ambito della tradizione: "assicurano" invece di "garantiscono".

Infine, l'on. Costantini richiamò l'esempio e la posizione giuridica dell'imprenditore privato rispetto ai propri dipendenti per suggerire il riconoscimento di una responsabilità indiretta dello Stato.

L'Assemblea approvò l'emendamento dell'on. Costantini, al quale finirono per associarsi, ritirando i propri, anche gli on. Veroni e Oro Nobili, secondo cui in sostanza il rinvio che si faceva alle "norme relative alla responsabilità civile", lasciasse impregiudicata la questione giuridica di una tale responsabilità.

Secondo l'emendamento approvato, «le norme relative alla responsabilità civi-

⁷ Cfr. Atti Assemblea Costituente, Seduta pomeridiana, 15 aprile 1947, 2889; V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, con prefazione di V.E. ORLANDO, Roma 1949, 63 ss.

le sono estese allo Stato ed agli enti pubblici per i fatti dei loro dipendenti».

Il Comitato di coordinamento, infine, modificò la disposizione in esame in quella che risulta oggi nel testo definitivo approvato all'art. 28 Cost.

3. La disciplina costituzionale dell'art. 28

L'art. 28 Cost. ha, dunque, spostato sul piano costituzionale una materia fino a quel momento confinata nel campo del diritto amministrativo⁸.

In sintesi, secondo il precedente ordinamento giuridico, la responsabilità dell'Amministrazione e del pubblico funzionario si fondava sulla concezione dello Stato di diritto, vale a dire dello Stato che è tenuto ad osservare le norme di diritto dallo stesso predisposte e che risponde, quindi, insieme con i funzionari che agiscono per esso, dei danni causati al privato con la violazione di queste norme.

Invece, secondo la nuova Costituzione la responsabilità dell'Amministrazione e dei funzionari risponde all'esigenza di salvaguardare e tutelare la libertà del cittadino.

In questo processo evolutivo la concezione dello Stato di diritto non è accantonata, ma viene nel diritto positivo completata e portata alle conseguenze che promanano dalle sue stesse premesse: la soggezione dello Stato al suo stesso ordinamento giuridico viene considerata in funzione del potenziamento della libertà e personalità individuale del cittadino⁹.

Ebbene, l'art. 28 Cost. mira a realizzare una tale salvaguardia e tutela in una duplice direzione: da un lato, nei confronti dei funzionari e dipendenti pubblici, mira a promuovere il senso di responsabilità in modo da prevenire la violazione dei diritti del cittadino; dall'altro, nei confronti dell'Amministrazione, stabilendo il concorso della stessa con i funzionari nella riparazione dei danni, una volta intervenuta la lesione dei diritti.

In definitiva, la finalità presa di mira dalla disposizione in esame è quella di *prevenire* e *reprimere* la violazione dei diritti del cittadino, valorizzando il senso di responsabilità dei funzionari, e non quella di fornire un ristoro dei danni per la lesione che sia stata causata, finalità propria della disciplina della responsabilità civile e penale.

Sul piano normativo, l'art. 28 Cost. stabilisce che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, [...] degli atti compiuti in violazione di diritti». Tale parte della norma pone a carico dei pub-

⁸Cfr. G. COLZI, *La responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Comm. Sist. alla Cost. Ital.*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze 1950, I, 250 ss.; R. ALESSI, *La responsabilità della P.A. nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rass. di dir. pubbl.* 1949, 218 ss.; ID., *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 884 ss.; C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 343 ss.

⁹Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, 235 ss.

blici funzionari il divieto di esercitare la pubblica funzione in modo da ledere i diritti dei cittadini¹⁰.

Il fondamento logico di tale divieto è il precetto generale del *neminem laedere*: infatti, l'art. 28 Cost. pone fra i doveri fondamentali inerenti allo *status* giuridico del funzionario quello di non ledere i diritti altrui e considera sussistente tale dovere sia nei confronti dell'ente – rispetto al quale prevede per l'inosservanza una responsabilità amministrativa o disciplinare – sia nei confronti dei terzi – e ne fa derivare a favore di costoro una responsabilità civile.

Gli atti con cui i funzionari trasgrediscono al divieto sono, secondo quanto prescrive l'art. 28 Cost., imputabili ad essi direttamente.

Per vero, non si è mai dubitato di una tale imputabilità per gli atti illeciti penali o per le trasgressioni disciplinari; la precisazione, invece, ha valore rispetto agli atti illeciti civili. In dottrina, infatti, si è sostenuto che di questi ultimi risponderebbe soltanto l'Amministrazione, poiché essi sono emanazione dell'organizzazione e dell'attività amministrative¹¹.

In senso contrario, invece, si esprimono la dottrina prevalente e la giurisprudenza che ammettono una concorrente responsabilità dello Stato, cui l'atto illecito va giuridicamente riferito, e del funzionario che risulta essere l'autore materiale¹². Ebbene, la responsabilità diretta dei funzionari viene confermata dal testo costituzionale per gli atti illeciti da essi compiuti.

All'imputabilità, l'art. 28 Cost. fa seguire un'affermazione di responsabilità in via generale, rinviando alle leggi penali, civili e amministrative per quanto concerne sia la specificazione delle singole forme di responsabilità sia la determinazione degli elementi necessari per ciascuna di esse. Secondo la formula usata nell'art. 28 Cost., i funzionari e dipendenti pubblici, sono responsabili «secondo le leggi penali, civili e amministrative».

Infine, secondo quanto disposto dall'art. 28 Cost. «la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Dalla disposizione emerge che: la responsabilità civile colpisce, innanzitutto, il funzionario che ha compiuto e per aver compiuto l'atto; la responsabilità dal funzionario si estende all'ente; la responsabilità dell'ente e del funzionario deve essere qualificata come diretta, poiché il fatto illecito è proprio del funzionario, che ne è, appunto, l'autore, ed è proprio dell'ente, poiché è emanazione dell'organizzazione e dell'attività dello stesso; resta escluso, pertanto, un rapporto di sussidiarietà tra le due responsabilità¹³.

¹⁰ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, cit., 889 ss.

¹¹ Cfr. R. ALESSI, *La responsabilità della P.A. nell'evoluzione legislativa più recente*, cit., 231 ss.

¹² Cfr. G. GUGLIELMI, *L'art. 28 della Costituzione*, cit., 173; E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953, 190.

¹³ Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, cit., 34 ss.

Capitolo III

La responsabilità del funzionario nella legislazione italiana ed europea

SOMMARIO: 1. La nozione di *funzionario*. – 2. Il *funzionario di fatto* e limiti all'imputabilità. – 3. Gli obblighi facenti capo al funzionario e i danni provocati a terzi. – 4. Le responsabilità dirette e concorrenti del funzionario e dell'amministrazione. – 5. Il vincolo di solidarietà tra le due responsabilità. La discrezionalità amministrativa e tecnica e la violazione di interessi legittimi. La responsabilità oggettiva. – 6. La responsabilità nella sanità pubblica. – 7. Responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione. – 8. La responsabilità della P.A. nei Paesi europei. – 8.1. Il modello francese. – 8.2. Il modello spagnolo. – 8.3. Il modello britannico. – 8.4. Il modello tedesco.

1. *La nozione di funzionario*

Per *funzionario* si intende il dipendente dello Stato o di altri enti pubblici che esercita funzioni pubbliche, proprie degli enti medesimi, o che collabora istituzionalmente a tale esercizio.

Tuttavia, tale termine non ha un significato univoco: infatti, il diritto positivo lo utilizza per individuare la più varia congerie di figure soggettive.

Del resto, la stessa Costituzione italiana si riferisce in tre articoli al *funzionario*, considerandolo evidentemente in maniera profondamente diversificata.

Innanzitutto, il primo riferimento al funzionario si rinviene, come anticipato, nell'art. 28 Cost.¹, secondo cui «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»².

Dalla lettura della disposizione in esame emerge che essa contrappone i *funzionari* ai *dipendenti*, considerandole due figure diverse.

In particolare, i *dipendenti dello Stato e degli enti pubblici* sono legati all'amministrazione da un rapporto di lavoro subordinato a carattere professionale e

¹ Cfr. Art. 28 Cost., in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 290 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 28. Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975.

² Per gli ulteriori spunti che l'art. 28 suscita si veda *infra*.

retribuito, in base al quale prestano la loro opera, anche temporanea, di qualunque natura (intellettuale, tecnica, manuale, ecc.) in favore di una pubblica amministrazione³. Rientrano, quindi, nella categoria in esame non solo gli impiegati di ruolo e non di ruolo e i salariati, ma anche i magistrati, i professori e i militari, purché la loro attività sia svolta a titolo professionale e retribuito.

Invece, nella categoria dei *funzionari* sono riconducibili coloro che esercitano una pubblica funzione (amministrativa, giurisdizionale o legislativa) in via onoraria, senza essere legati all'ente da un rapporto impiegatizio.

Eppure, l'art. 97, comma 2, Cost.⁴, nella parte in cui dispone che «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», sembra fornire una diversa accezione del termine funzionario: tale disposizione rivolgendosi genericamente a tutti gli uffici, finisce per considerare *funzionario* chiunque sia preposto ad un ufficio o ad un organo amministrativo, con esclusione, quindi, di quelli giurisdizionali o legislativi, senza distinguere, tuttavia, il tipo di rapporto onorario o professionale con l'ente.

A sua volta, l'art. 98, comma 3, Cost.⁵ prevede che «Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero». Ebbene, tale disposizione sembra, pur nel riferimento alla sola polizia, considerare evidentemente quali *funzionari* solo gli impiegati appartenenti alla carriera direttiva.

Nello stesso senso limitativo può collocarsi anche l'art. 57, comma 1, del T.U. sulla Corte dei conti, che recita «I funzionari ed agenti delle Ferrovie dello Stato che rispondono direttamente all'amministrazione dei danni ad essa arrecati anche solo per colpa o negligenza, possono ricorrere alla Corte dei conti».

Invece, in numerose altre disposizioni sono utilizzate locuzioni in cui il termine *funzionario* individua genericamente un dipendente pubblico, di qualunque carriera: si veda ad esempio nella legge sulla contabilità generale dello Stato, gli artt. 73, comma 1, (che si riferisce agli agenti e ai funzionari appartenenti ai ruoli delle amministrazioni), 81, comma 1, (secondo cui «I funzionari amministrativi incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere ...») e 86, comma 1 (che dispone: «I funzionari amministra-

³ Cfr. S. TERRANOVA, voce *Funzionario (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1969, 280 ss.; ID., *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia* 1991, 633 ss.; G. TERRACCIANO, O. FORLENZA, I. VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, ed. Il Sole 24 ore, Milano 1999.

⁴ Cfr. *Art. 97 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 884 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 97. Commentario della Costituzione*, cit.

⁵ Cfr. *Art. 98 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 895 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 98. Commentario della Costituzione*, cit.

tivi e i capi delle ragionerie presunti responsabili di assunzione di impegni in eccedenza al fondo autorizzato ...»).

Similmente, nel Regolamento di Contabilità Generale dello Stato è chiaro che funzionario sia sinonimo di impiegato, allorché prevede «Nei casi di responsabilità dei funzionari, i ministri da cui essi dipendono possono adottare tutti i provvedimenti amministrativi di loro competenza...».

E ancora, nell'art. 23, comma 2, del R.D. 3 marzo 1934 n. 383, T.U. legge comunale e provinciale, per funzionario si intende chiaramente un impiegato del gruppo B, ossia della allora esistente carriera di concetto.

In tempi più recenti la legge n. 312/1980 ha istituito un profilo professionale di *funzionario* (amministrativo, contabile, tecnico, ecc.) nell'ambito della qualifica ottava, corrispondente alla vecchia carriera direttiva.

Dall'esame della normaiva richiamata si desume, pertanto, che il termine *funzionario* non individua una categoria omogenea di figure soggettive⁶, anche se in dottrina si è tentato di considerarlo come l'elemento soggettivo dell'organo⁷.

Nel volgere lo sguardo agli ordinamenti europei, viene in rilievo, innanzitutto, l'ordinamento giuridico francese, ove la legge del 19 ottobre 1956, sullo statuto generale dei funzionari, definisce il *funzionario* come colui che, nominato in un impiego di ruolo, è titolare di un grado gerarchico statale.

La nozione legislativa è, però, volta a definire l'ambito di applicazione dello statuto, senza alcuna pretesa di esaurire tutta la categoria dei funzionari dello Stato e degli altri enti pubblici. Anzi, nell'ordinamento francese sono considerati *funzionari* sia il direttore generale che l'inserviente, purché di ruolo⁸.

Ma dottrina⁹ e giurisprudenza¹⁰ tendono ad uniformare il trattamento giuridico di tutte le categorie di persone che prestano la loro opera a favore di un ente pubblico, ricorrendo anche ad altre terminologie più generiche, come quella di agente pubblico, in ragione del fatto che in Francia il termine *funzionario*, nell'ac-

⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, 253, secondo cui «Il termine di origine francese, indicava inizialmente i titolari di uffici investiti di funzioni pubbliche. Col tempo è passato ad indicare ogni titolare di ufficio di grado elevato o delle carriere direttive».

⁷ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966, 92, che afferma: «Queste persone fisiche, (le quali, per il fatto di essere preposte ad uffici, vale a dire all'espletamento di pubbliche funzioni, vengono denominate funzionari pubblici, dando a questo termine il contenuto più ampio) costituiscono appunto l'elemento soggettivo dell'organo, ed una delle figure soggettive alle quali l'organizzazione amministrativa da luogo».

⁸ Cfr. D. RUZIE, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris 1960, 32.

⁹ Cfr. J.-C. MAESTRE, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris 1962, 14, per il quale la nozione di agente pubblico è nettamente più ampia di quella di funzionario. In effetti, non v'è nessun bisogno di essere titolare, cioè d'occupare un impiego permanente nel quadro della funzione pubblica per avere la qualità di agente pubblico e beneficiare della garanzia accordata a questo, in ragione dell'irresponsabilità pecuniaria per colpe di servizio (spesso esteso nei fatti alle sue colpe personali).

¹⁰ Cfr. Tribunal des conflits 17 febbraio 1947, Conseil d'Etat 8 dicembre 1926.

cezione sopraindicata, è collegato strettamente allo *status* di pubblico dipendente civile, mentre implica, in altre accezioni, la preposizione ad un ufficio.

A prescindere da questioni nominalistiche, ai fini della disanima, è possibile utilizzare indifferenziatamente il termine *funzionario* o *agente*, intendendo riferirsi a chi collabora, anche temporaneamente, al funzionamento di un servizio pubblico essendo inserito nell'organizzazione di un ente pubblico.

Nell'ordinamento della Repubblica Federale tedesca si distingue, a sua volta, il *funzionario* (*Beamten*) che collabora all'elaborazione e all'esecuzione delle decisioni amministrative dagli altri *impiegati* (*Angestellten*) che esercitano mansioni che non comportano alcuna partecipazione diretta all'esercizio di un pubblico potere.

Nell'ordinamento britannico, invece, i pubblici dipendenti sono distinti a seconda che appartengano all'Amministrazione centrale, ossia alla Corona, ovvero a poteri locali. Nel primo caso sono denominati "*civil servants*" o anche "*crown servants*"¹¹, nel secondo "*local authorities officers*". Il complesso dei dipendenti pubblici statali costituisce il "*civil service*", da cui sono, tuttavia, esclusi gli appartenenti alle forze armate e i titolari di cariche pubbliche, nonché i dipendenti degli enti locali, gli insegnanti, gli appartenenti alle forze di polizia, che gravano sui bilanci dei poteri locali, e gli appartenenti alle ferrovie. Per tale ragione la nozione di *civil servants* non coincide, se non parzialmente, con quella di *funzionario*¹². Il *funzionario* viene generalmente denominato "*officer*", termine che indica chiunque sia investito di un "*office*" pubblico a titolo professionale o onorario, dal dipendente al Primo Ministro¹³.

In conclusione, in tutti i Paesi europei la nozione di *funzionario* non configura una definita categoria di persone fisiche aventi un identico *status*, ma esprime piuttosto la particolare posizione nei confronti dell'ente in cui l'individuo viene a trovarsi esercitando (o concorrendo all'esercizio di) una pubblica funzione o, comunque, impegnando l'ente di appartenenza nei rapporti verso altri enti o nei confronti di terzi.

2. Il funzionario di fatto e limiti all'imputabilità

Il *funzionario* è, allora, colui che viene ad imputare all'ente gli atti dallo stesso compiuti, a prescindere che si tratti di svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio.

Tale fenomeno giuridico è reso possibile dalla situazione di inserimento istituzionale di una persona fisica in un ente: si tratta del c.d. rapporto organico¹⁴ an-

¹¹ Cfr. P.W. HOGG, in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, Toronto-Calgary-Vancouver 1989, 247.

¹² Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano 1984, 464.

¹³ Cfr. J.F. GARNER, *Administrative Law*, London-Butterworth 1979, 3 ediz., 381.

¹⁴ Si tratta della relazione a rilevanza meramente interna e organizzatoria, intercorrente tra l'or-

che detto d'ufficio, in base al quale si determina l'automatico riferimento dell'azione del funzionario all'amministrazione e che si costituisce mediante l'atto di assegnazione ad un compito, ossia l'incardinazione, che può essere contenuto anche in un negozio bilaterale.

Dal funzionario si distingue il c.d. funzionario di fatto¹⁵. In assenza di una previsione normativa che ne fornisca la nozione, la figura del funzionario di fatto è individuata in giurisprudenza nel soggetto che, trovandosi in possesso della funzione, senza investiture o titolo valido, emette atti nell'esercizio della funzione medesima¹⁶.

Numerose le questioni interpretative che l'istituto reca con sé: si pensi alla sorte degli atti compiuti dal funzionario di fatto¹⁷ come titolare dell'ufficio, al profilo strettamente connesso dell'imputabilità degli atti stessi all'organo cui il funzionario appartiene, nonché alla responsabilità verso i terzi¹⁸.

gano e il soggetto allo stesso preposto. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 112.

¹⁵ Cfr. F. LUBRANO, voce *Funzionario di fatto (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano 1969, 285 ss.; R. LUCIFREDI, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in R. LUCIFREDI, S. LUCIFREDI PETERLONGO, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto delle pubbliche funzioni*, Milano 1965, 120 ss., in cui si fa l'esempio di un incendio di un bosco e dell'opera di spegnimento compiuta dai valligiani in attesa che giungano le guardie forestali; e quello dello sciopero del personale dell'azienda municipalizzata dei trasporti e del servizio reso da alcuni cittadini che si sostituiscono agli scioperanti facendo uscire i tram e gli autobus.

¹⁶ Nonostante il silenzio della legge, la dottrina, invece, ha proposto diverse nozioni dell'istituto in esame. Per Alcuni il funzionario di fatto si identifica con il soggetto che detiene irregolarmente l'ufficio pubblico, perché manca o perché è viziato il procedimento di assunzione all'ufficio o perché è sopraggiunto un vizio inficiante l'originaria regolarità della sua assunzione. In tale prospettiva, non sarebbero, quindi, riconducibili alla fattispecie in esame le ipotesi di irregolare esercizio del potere nell'ambito del diritto internazionale e di quello costituzionale. Per Altri, la definizione di funzionario di fatto sarebbe più ampia, comprensiva pure delle fattispecie espressamente espunte aderendo alla prima opzione, tra cui le ipotesi della cd. occupazione di guerra e dell'instaurazione di un governo di fatto, sino ad involgere pure la materia contabile, dovendosi qualificare alla stregua di funzionario di fatto anche l'esattore, irregolarmente nominato, che proceda alla riscossione dei tributi. Per una tesi intermedia, infine, seguita dalla dottrina maggioritaria, il funzionario di fatto va identificato con il soggetto che, privo di valida legittimazione, in ragione della mancanza del titolo o della sussistenza di un vizio che lo inficia, compie un'attività riferibile all'amministrazione. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 120 ss.

¹⁷ Dall'istituto del funzionario di fatto si distingue quello dell'esercizio di funzioni pubbliche da parte di privati, allorché questi siano legittimati a sostituirsi alla pubblica autorità carente o impossibilitata ad operare, come nel caso di arresto in flagranza per reati perseguibili d'ufficio (art. 224 c.p.p.) ovvero di azioni popolari sostitutive.

In tali casi il cittadino non esercita una pubblica funzione, né assume la veste di funzionario, ma un potere direttamente attribuitogli dalla legge, di cui egli stesso è titolare. In tal senso è la giurisprudenza della Corte di Cassazione: v. Cass. 12 febbraio 1957. Invero il cittadino non esercita un dovere, ma è autorizzato a procedere all'arresto nel primo caso e ha il diritto di esercitare l'azione popolare nel secondo caso.

¹⁸ Per A. LIUZZO, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in

La questione dell'imputazione dell'azione del funzionario di fatto¹⁹ è stata tradizionalmente affrontata nell'ambito della teoria dell'atto amministrativo, mentre risulta poco approfondita sul versante dei rapporti giuridici verso eventuali altri soggetti. L'indagine si concentrerà proprio su tali profili.

3. *Gli obblighi facenti capo al funzionario e i danni provocati a terzi*

I doveri facenti capo ai funzionari sono molto vari e cambiano in relazione alle caratteristiche del lavoro svolto. Nonostante ciò sembra individuabile un nucleo di doveri che accomuna le varie categorie di funzionari. Si tratta, in particolare, di doveri verso l'ente di appartenenza, consistenti essenzialmente in quello di fedeltà e di diligenza, oltre che di legalità e di rettitudine²⁰.

Il dovere di fedeltà consiste nell'obbligo di curare, nel disimpegno dei propri compiti, l'interesse dell'organizzazione di appartenenza. Costituiscono specificazioni di tale dovere quello di osservare il segreto d'ufficio, di mantenere la riservatezza degli atti dell'ufficio, di non denigrare l'ente, di non usare l'ufficio per fini personali, di non tollerare gli abusi degli inferiori, ecc.

Il dovere di diligenza, a sua volta, consiste nell'obbligo di adempiere con pun-

www.giustamm.it, 2009, la figura del funzionario di fatto ricorre ogniqualvolta sia necessario soddisfare le esigenze di tutelare l'affidamento incolpevole di terzi e di attribuire rilievo all'effettività, cioè al fatto concreto dell'esercizio di funzioni pubbliche. Similmente, per la giurisprudenza amministrativa, il fenomeno ricorre nei casi di esercizio di funzioni essenziali e/o indifferibili, che per loro stessa natura riguardano i terzi con efficacia immediata e diretta: i risultati raggiunti dal funzionario di fatto, quando favorevoli per i terzi, vengono così imputati all'attività della P.A. (Cons. St., sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 1962, n. 1160). Diversamente si esprime, invece, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001, secondo cui, poiché l'esercizio delle funzioni amministrative, per sua connessione con la realizzazione dell'interesse pubblico, non ammette interruzioni, la figura del funzionario di fatto interviene tutte le volte che sia necessario evitare vuoti nell'esercizio della funzione amministrativa. La figura del funzionario di fatto è, perciò, riconducibile alla logica del raggiungimento dello scopo e alla continuità dell'azione amministrativa.

¹⁹ In dottrina si tende a limitare l'imputazione *de qua* ai casi di essenzialità ed indifferibilità (Cfr. G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 377. L'Autore parla di una c.d. necessità a posteriori che avrebbe a fondamento l'esigenza di tener fermi gli atti del funzionario di fatto per evitare che nella vita dell'ente si crei una soluzione di continuità. La posizione del funzionario di fatto sarebbe divenuta necessaria posteriormente all'esercizio avvenuto e in relazione a questo) e ad escludere l'automatico riferimento alla persona giuridica pubblica dell'attività svolta spontaneamente dal privato (Cfr. E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956, 62 ss. L'autore sostiene che i problemi degli atti del funzionario di fatto (sia nel caso di investitura viziata che di mancanza assoluta di investitura) attiene alla teoria degli atti invalidi, perché gli atti del funzionario di fatto sarebbero atti illegittimi per violazione di legge, precisamente consistente nell'inosservanza delle norme che stabiliscono quali sono le persone abilitate ad agire per la pubblica amministrazione).

²⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, 296 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2001, 139 ss.

tualità, cura, impegno e ordine ai compiti affidati²¹. In esso si riconduce anche il possesso della necessaria perizia.

Dai funzionari, sia di persona giuridica privata che pubblica, si richiede, infatti, che posseggano ed applichino cognizioni di ordine tecnico, anche se variabili per qualità e quantità a seconda del livello funzionale, nonché dell'oggetto sociale e delle dimensioni dell'ente.

Per i funzionari preposti all'ente, o a partizioni dello stesso, con potere di impegnare all'esterno l'ente stesso è necessario in aggiunta che le suddette cognizioni di ordine tecnico siano tali da rendere loro possibile organizzare l'attività diretta al conseguimento dell'oggetto o dei fini istituzionali dell'ente, stabilire programmi, effettuare scelte, impartire ordini, direttive o esercitare controlli²².

L'attività dei funzionari è governata da una molteplicità di regole giuridiche e tecniche, che concorrono a qualificare come diligente ed esperto il comportamento degli stessi.

Alcune di tali regole sono tecniche in senso proprio, concernendo regole di esperienza e del c.d. merito della gestione ovvero suggerite dalle arti o dalle scienze da applicare (c.d. discrezionalità tecnica), mentre altre sono tecniche limitatamente al contenuto, trattandosi di disposizioni imposte dalla legge, o da fonti assimilabili ad essa, che sono intese a tradurre esplicitamente in obblighi giuridici delle regole di esperienza.

Da ciò deriva che i funzionari, ciascuno in ragione del settore di attività, devono possedere adeguate doti di professionalità, che permettano agli stessi un comportamento diligente, prudente e perito.

Al fine di valutare l'operato dei funzionari ed accertare l'eventuale responsabilità nei confronti dell'ente per *mala gestio*, occorre ricostruire, con un procedimento di astrazione, un modello di condotta sulla base della ricognizione dei comportamenti ritenuti "normali", seguiti in circostanze analoghe a quelle considerate dal funzionario mediamente diligente ed esperto. In tal modo è possibile, confrontando con esso il comportamento concreto, pervenire ad un giudizio di conformità o di difformità.

Non sfugge nondimeno come sia difficile, se non impossibile, in relazione ai funzionari di maggiore livello (ed in particolare agli organi volitivi e di vertice di enti pubblici) e agli amministratori di società per azioni e di aziende bancarie, i quali svolgono un'attività che per natura ha larghissimi margini di discrezionalità, che consente loro, pur in situazioni analoghe, valutazioni e scelte diverse, ma tutte parimenti legittime²³.

²¹ Cfr. R. LA BARBERA, *Il principio integrativo del dovere di conoscenza e della responsabilità del funzionario pubblico*, Torino 2006.

²² V. Cass. civ., 11 ottobre 1969, n. 3284, che formula tali principi con particolare riguardo agli amministratori di banca.

²³ Cfr. A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 251 ss., il quale, tuttavia, ritiene che in alcuni settori, quali l'attività bancaria ed assicurativa (e potremmo noi aggiungere l'attività di

Anche se l'attività di tali soggetti è governata da specifiche regole che costituiscono, nel loro insieme, un quadro organico di limiti, negativi e positivi, nonché di vincoli volti alla realizzazione di una gestione sana e prudente, le scelte rimesse ai medesimi conservano un carattere largamente discrezionale, che richiedono, oltre a doti di esperienza e di abilità tecnica, anche capacità di intuito e di valutazione del rischio e delle prospettive conseguenti.

Talché assume un valore scriminante la ragionevolezza²⁴ della scelta in sé, che ridonda a coerenza²⁵ con gli scopi dell'ente ad evitare quel fenomeno denominato nella giustizia amministrativa "eccesso di potere".

Quanto ai funzionari che svolgono compiti di natura squisitamente tecnica, come i professionisti (medici, avvocati, architetti, ingegneri, ecc.), ovvero di natura operativa, riveste un ruolo determinante per valutarne il comportamento, il rispetto delle regole tecniche ed un esercizio ragionevole della c.d. discrezionalità tecnica, laddove la scienza o l'arte consentano una molteplicità di soluzioni.

I funzionari nello svolgimento, o in occasione dello svolgimento, dei loro compiti possono provocare pregiudizi patrimoniali ad altri soggetti.

Ai fini del risarcimento di tali danni possono astrattamente prospettarsi tre soluzioni.

La prima ammette una responsabilità del solo funzionario, che è astretto da obbligazioni fissate dalla legge, violando le quali è tenuto, alla pari di ogni cittadino, a risarcire i danni provocati ad altri soggetti²⁶. Si tende così ad evitare che i funzionari costituiscano una casta di privilegiati.

Diverse le critiche mosse a tale posizione: *in primis*, i funzionari tenderanno ad agire con molta circospezione per non rischiare di cagionare danni; tale atteggiamento rende, evidentemente, poco produttiva l'amministrazione; a sua volta, il danneggiato non sempre riesce ad ottenere il risarcimento dei danni, specie se ingenti, a causa della limitatezza delle risorse individuali.

Questa impostazione finisce per giungere alla stessa conclusione dell'antica teoria del mandato imperante risalente al secolo XVIII, secondo cui i funzionari,

amministrazione pubblica), trattandosi di attività sottoposte a vincoli e controlli gestionali talmente penetranti da ridurre i margini di rischio, anche il relativo ambito di apprezzamento discrezionale degli amministratori finisce per annullarsi.

²⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.* 3/1975, 561 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005 e bibliografia ivi richiamata; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, tomo II, Milano 1980, 65 ss.

²⁵ Cfr. M. SCIASCIA, *La coerenza quale limite alla discrezionalità legislativa ed amministrativa: in particolare l'ammissibilità di sanatorie legislative nell'ambito della pubblica amministrazione*, in *Amministrazione e contabilità* 6/1997.

²⁶ In tale prospettiva, cfr. DE LAVELEYE E., *Le gouvernement dans la Démocratie*, T.I., 136, secondo cui i funzionari «*depuis le Premier Ministre jusqu'au dernier gard champêtre ou militaire puisse être puorsuivi s'il a violé la loi*».

vincolati al sovrano da un rapporto contrattuale di diritto privato, ove mai avessero agito *contra mandatum*, provocando con ciò danni a terzi, avrebbero risposto nei confronti di costoro personalmente secondo le norme generali del diritto privato in materia di responsabilità per atto illecito²⁷.

D'altronde, alcuni correttivi tradizionali, quali ad esempio la c.d. garanzia amministrativa, che prevedevano la necessità di ottenere un'autorizzazione alla procedibilità dell'azione civile dei cittadini contro i funzionari, specie di grado più elevato o addetti a funzioni "delicate", hanno mostrato col tempo i propri limiti: la decisione sull'autorizzazione è, infatti, rimessa ad una parte interessata (l'amministrazione) e la concessione del nulla-osta finisce inevitabilmente per influire sul giudizio del giudice civile. Per tali ragioni il sistema della responsabilità assoluta del funzionario non risulta adottato in alcun ordinamento positivo: né in Francia, ove è attualmente adottato il sistema misto²⁸; né in quello inglese, che pure è assai attento ai problemi dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, in applicazione del principio della "rule of law"²⁹.

Ma tali preoccupazioni non possono portare automaticamente alla soluzione contrapposta, ossia alla responsabilità esclusiva delle amministrazioni. Se da un lato, infatti, il funzionario fosse posto nella situazione di poter attendere con serenità ai suoi compiti, senza la preoccupazione di esporsi ad azioni defatiganti in sede civile, e il danneggiato fosse sicuro di ottenere il pieno risarcimento dei pregiudizi ricevuti; dall'altro lato si finirebbe per imputare all'amministrazione anche i danni prodotti al di fuori della stretta esecuzione del servizio e di rendere completamente irresponsabili i funzionari a causa del notorio cattivo funzionamento del sistema della responsabilità disciplinare, così come succede in Italia per la responsabilità di una categoria particolare di funzionari costituita dai magistrati.

In realtà anche questo metodo, che soddisfa ampiamente le esigenze di protezione sociale molto sentite nell'attuale momento storico, appare estremamente pericoloso se non connesso ad un valido ed effettivo sistema di rivalsa dell'amministrazione nei confronti del funzionario che ha dato luogo al risarcimento del danno.

In Paesi, come la Spagna, che lo adottano, l'azione di rivalsa *de qua* è rimessa alla stessa Amministrazione, la quale spesso è apparsa restia a perseguire propri esponenti, specie se trattasi di enti locali.

Quindi, si finisce per determinare una sostanziale irresponsabilità dei funzionari, rendendo evanescente ogni freno all'azione amministrativa potenzialmente dannosa.

²⁷ Cfr. J.F. MEISTERLIN, *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*, Bohne 1838, 85; F.A. VON DER BECKE, *Von Staatsämtern und Staatsdienern*, Heilbronn 1797, 173.

²⁸ Tale garanzia amministrativa era prevista financo nell'art. 75 della vecchia Costituzione rivoluzionaria dell'anno VIII: «*Les agents du Gouvernement, autres que les Ministres ne peuvent être poursuivis par des faits relatifs à leur fonctions, qu'en vertu d'une décision de Conseil d'Etat; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires*».

²⁹ Cfr. D. LEVYS, *La responsabilité des puissances publiques en Angleterre*, Paris 1957.

Un terzo modello prevede che siano responsabili sia il funzionario che l'amministrazione: si pensi proprio all'Italia in cui sussiste il concorso delle responsabilità di ambo due, con la precisazione che il funzionario risponde solo se gli è imputabile un atteggiamento di dolo o colpa grave. Ne consegue che è necessario individuare dei correttivi per evitare una sostanziale irresponsabilità del funzionario, in ragione del fatto che il danneggiato avrà interesse a rivolgersi all'amministrazione, che è la più solvente, piuttosto che al funzionario.

Tra i correttivi previsti nel nostro Paese vi è l'azione obbligatoria di rivalsa, rimessa al pubblico ministero innanzi ad una giurisdizione speciale, quale la Corte dei conti, anche se si tratta di responsabilità limitata alla colpa grave o dolo³⁰.

Anche in Francia, come anticipato, è previsto un sistema misto, ma diverso da quello italiano, ove l'amministrazione risponde in caso di "*faute de service*" innanzi al giudice amministrativo, mentre il funzionario risponde in caso di "*faute personnelle*" davanti ai tribunali "giudiziali", anche se si ammette il cumulo di responsabilità, sicché l'amministrazione risponde anche nel caso di "*faute personnelle*" innanzi al giudice amministrativo.

Ma, a prescindere dal dualismo giurisdizionale, che non può non comportare delicati problemi di inquadramento nell'una o nell'altra categoria, rimane impregiudicata, nel caso di risarcimento posto a carico dell'Amministrazione, la questione della rivalsa, che in Francia è rimessa all'Amministrazione statale (Ministro delle Finanze), financo in caso di soccombenza degli enti locali.

In definitiva, quindi, per valutare comparativamente i modelli descritti bisogna esaminare la loro funzionalità concreta nella connessione con i metodi di rivalsa con i quali fanno sistema, tenendo sempre presente che in alcuni Paesi come la Gran Bretagna e la Germania non è mai esistito un regime unico della responsabilità dei funzionari appartenenti alle varie entità istituzionali.

Nell'ambito dei contatti tra ordinamenti dell'area del *civil law* e della *common law*, potenziati nell'arena comunitaria, si è determinata, con la circolazione dei modelli, un'evidente osmosi di alcuni aspetti dei sistemi di responsabilità del funzionario, che spesso non è facile individuare a causa delle diversità di impostazione. Si tenterà, nell'esaminare i vari modelli, di evidenziarne i casi.

4. Le responsabilità dirette e concorrenti del funzionario e dell'amministrazione

L'art. 28 della Costituzione Italiana prevede che «i funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

³⁰ V. art. 1, comma 1, l. n. 20/1994, nel testo sostituito dalla l. n. 639/1996, nonché, per gli enti locali, art. 58, l. n. 142/1990, ora art. 93, d.lgs. n. 267/2000.

Tale disposizione presuppone, quindi, una normativa che disciplini i rapporti tra i soggetti in ordine alla responsabilità per fatti illeciti, applicabile anche all'amministrazione pubblica, sempreché non sussista una disposizione contraria o vi sia un motivo di incompatibilità con la natura pubblica dell'ente o con la relativa attività³¹.

L'art. 28 ha introdotto, nel dettaglio, la responsabilità diretta del funzionario, di qualunque livello e natura³², aggiungendola a quella della amministrazione³³, che continua a sussistere.

Tale responsabilità dell'amministrazione – come emerge dalla stessa lettera della disposizione costituzionale, che non a caso usa il verbo “*estendere*” – è diretta ed autonoma³⁴: essa, infatti, può configurarsi anche indipendentemente da quella concorrente del funzionario, che potrebbe, invece, essere esclusa³⁵.

Tra le fonti primarie viene in rilievo l'art. 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, che pone come limite il dolo o la colpa grave per la responsabilità del funzionario, ferma restando comunque quella dell'amministrazione verso cui il privato può rivolgersi per ottenere il risarcimento³⁶.

Questa eventuale possibilità di sganciare la responsabilità concorrente dell'amministrazione da quella del funzionario non ha mancato di suscitare perplessità, dal momento che supera la stretta correlazione posta dall'art. 28 Cost.³⁷, che ha posto un limite di carattere generale al legislatore ordinario, nel senso che non sarebbero ammissibili eccezioni atte a restringere il campo di tale regime di responsabilità del funzionario.

³¹ V. Cass. civ., 6 febbraio 1970, n. 263; Cass. civ., 27 marzo 1972, n. 976; Cass. civ., 27 novembre 1975, n. 3959.

³² V. Cass. civ., sez. un., 2 giugno 1992, n. 6667, secondo cui «La responsabilità (giuridica) dei ministri relativa alle conseguenze di loro comportamenti, eventualmente contrari alle leggi e lesivi di diritti altrui, non diverge sostanzialmente da quella di qualsiasi altro cittadino investito di pubbliche funzioni e può sussistere, ai sensi dell'art. 28 cost., nei confronti di coloro che ne siano stati lesi».

³³ Per una disamina della dottrina e giurisprudenza sul punto si rinvia a G. SANVITI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: gli aspetti specifici e gli spunti di carattere generale*, in G. ALPA, M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino 1987, III, 460 ss.

³⁴ È opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 28 Cost. sussiste una responsabilità diretta dell'ente pubblico per i danni cagionati a terzi da propri dipendenti, che è concorrente e solidale con quella, parimenti diretta, di quest'ultimi nei confronti dei terzi, ma la norma non esclude l'azione di rivalsa dell'ente verso gli impiegati, quando sia giuridicamente configurabile.

In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. III, 5 settembre 1985 n. 4620, in *Giur. it.* 1986, I, 1, 863.

³⁵ V. Cass. civ., 28 novembre 1961, n. 2749; Cass. civ., 20 aprile 1962, n. 792; Cass. civ., 29 gennaio 1964, n. 233; Cass. civ., 16 dicembre 1982, n. 6934.

³⁶ V. Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 1964, n. 126; 20 marzo 1969, n. 884; 6 maggio 1971, n. 1282.

³⁷ Cfr. M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost.*, in *Giur. cost.* 1987, I, 1854, secondo cui «Spezzare la correlazione tra responsabilità del dipendente pubblico e responsabilità della Pubblica Amministrazione, come è avvenuto in questi casi, significa svuotare in gran parte il significato innovativo dell'art. 28 Cost.».

In tale contesto, la Corte Costituzionale³⁸ utilizza un criterio molto rigido, al fine di evitare la violazione della più generale norma di eguaglianza prevista dall'art. 3 della stessa Costituzione.

L'art. 28 Cost. ha indubbiamente una portata rivoluzionaria nell'ordinamento italiano, ove antecedentemente non esisteva un principio di responsabilità personale civile del funzionario, trovandosi, quest'ultimo, in via di massima, in una situazione di immunità completa dal punto di vista civile, salvo la ripetizione in via di regresso a seguito di giudizio innanzi ad una giurisdizione speciale (Corte dei conti).

Solo in alcune ipotesi specifiche relative a categorie speciali, quali magistrati, cancellieri, ufficiali giudiziari, conservatori di registri pubblici, ecc. vigeva il principio di una loro responsabilità civile personale e diretta, che non coinvolgeva in alcun modo l'amministrazione di appartenenza. L'entrata in vigore della Costituzione ha consentito in via pretoria l'estensione anche a questi casi speciali della concorrente responsabilità dell'amministrazione³⁹.

Parte della dottrina⁴⁰ ha reinterpretato l'art. 28 Cost., valorizzando alcune premesse filologico-testuali. In tale prospettiva, la norma deve la sua origine all'intento dei Costituenti di predisporre una tutela delle posizioni inviolabili del cittadino e, quindi, è stata progettata per corredare, con la proposizione dei principi di responsabilità penale, amministrativa e civile del funzionario, le disposizioni relative ai diritti primari, anche in relazione all'art. 22 Cost., secondo cui «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome»⁴¹.

L'interpretazione più risalente e restrittiva riconduceva nell'espressione "*violazione dei diritti*" di cui all'art. 28 Cost. i soli diritti costituzionalmente garantiti.

³⁸ Cfr. Corte Costituz. 17 gennaio 1988, n. 303, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni di legislazione speciale sull'amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni: si tratta, in particolare, degli artt. 6, 28, 48 e 93 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 nella parte in cui dispongono che l'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni non è tenuta al risarcimento dei danni, oltre all'indennità di cui all'art. 28, in caso di perdita o manomissione di raccomandate con le quali siano stati spediti vaglia cambiari emessi in commutazione di debiti dello Stato; e Corte Costituz. 20 dicembre 1988, n. 1104, che, in ordine al concessionario di servizi pubblici e non ad un'amministrazione pubblica, ha parimenti dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, nella parte in cui dispone che il concessionario del servizio telefonico non è tenuto al risarcimento dei danni per le interruzioni del servizio dovute a sua colpa, al di fuori dei limiti fissati nell'art. 89, comma 2, del R.D. 19 luglio 1941, n. 1198. In ambedue le sentenze la Consulta ha ritenuto inammissibili deroghe al generale regime di responsabilità del funzionario o anche del concessionario di pubblico servizio.

³⁹ V. Corte Cost. 14 marzo 1968, n. 2, che ha, quindi, ampliato la responsabilità dell'amministrazione.

⁴⁰ Cfr. F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41 ss.

⁴¹ Cfr. *Art. 22 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 189 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 22. Commentario della Costituzione*, cit.

Invece, dall'analisi dei lavori preparatori della Costituzione emerge l'intenzione di assegnare a questa espressione un significato più lato, comprensiva di tutti i diritti soggettivi; nonché l'intenzione di inserire in una norma di rango costituzionale la disciplina della responsabilità del funzionario, piuttosto che la responsabilità diretta dell'amministrazione, anche se, per vero, la responsabilità del funzionario comporta per estensione la responsabilità anche dell'amministrazione nei confronti dei terzi.

Le interpretazioni che si sono proposte in dottrina non sono riuscite a ricondurre ad una matrice razionalmente unitaria tutte le ipotesi sussumibili, espressamente o implicitamente, nell'art. 28 Cost.⁴².

Anche l'interpretazione restrittiva autorevolmente sostenuta in dottrina⁴³, in base alla quale la norma colpirebbe gli atti compiuti "in violazione dei diritti" e non tutti gli atti lesivi di diritti, è stata smentita dalla prassi.

La norma, infatti, di natura essenzialmente programmatica, è stata ritenuta come rivolta al legislatore ordinario, che viene abilitato a fissare i confini della responsabilità *de qua* adeguandola alle diverse categorie e/o situazioni⁴⁴.

Ma anche il principio della responsabilità diretta della amministrazione nei confronti del privato si è affermata a seguito di un lungo e contraddittorio confronto, dottrinario e legislativo, pere vero, ancora non completamente concluso. In passato, si riteneva, infatti, che l'amministrazione, quale organo del diritto, non potesse tenere che una condotta lecita, per cui qualunque violazione dell'ordinamento giuridico non potesse non imputarsi esclusivamente al singolo funzionario. Solo successivamente si è affermata la distinzione tra atti di imperio e quelli di gestione assimilabili a quelli di diritto privato, ammettendo solo per questi ultimi la responsabilità dell'amministrazione sulla base dell'allora vigente art. 1153 del codice civile del 1865⁴⁵.

In seguito, sul presupposto che l'amministrazione si serviva di persone fisiche per agire, si è sostenuto che, mentre il funzionario rispondeva direttamente verso i terzi, l'amministrazione poteva essere chiamata a risponderne dei danni cagionati solamente a titolo di responsabilità indiretta per colpa *in eligendo* o *in vigilando*, ai sensi del citato art. 1153 del vecchio codice civile⁴⁶.

Quando si è affermata la teoria organica si è ammesso che ogni atto del fun-

⁴² Cfr. F. PIGA, *Responsabilità civile degli amministratori pubblici: nuovi profili*, in *Foro amm.* 1980, I, 746 ss.

⁴³ Cfr. C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., 343 ss.

⁴⁴ V. Corte Cost., 14 marzo 1968, n. 2, che ha riconosciuto la discrezionalità del legislatore ordinario di disciplinare la responsabilità dei funzionari in maniera diversificata per categorie e situazioni, talché appaiono costituzionalmente legittime le disposizioni che prevedono limitazioni di responsabilità.

⁴⁵ Cfr. M. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960, 618 ss.

⁴⁶ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1954, I, 337 ss.

zionario sia imputabile all'ente e che, di conseguenza, non possa non involgere una responsabilità diretta ed immediata dell'amministrazione in cui la persona fisica si immedesima.

Ancora in tempi recenti si è distinto tra gli atti giuridici del funzionario imputabili all'amministrazione in via diretta ed operazioni materiali compiute da semplici agenti, che comporterebbe solo una responsabilità indiretta dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2049 c.c.⁴⁷.

Ma tale tentativo non ha trovato largo seguito in base alla critica operata che tale disposizione non sarebbe applicabile all'amministrazione che sceglie i propri funzionari attraverso particolari procedimenti di carattere politico-elettorale o politico-fiduciario ovvero ancora di tipo propriamente burocratico-amministrativo, muniti comunque delle necessarie cautele predisposte dalla legge.

E tale impostazione non varia se si tratti di mansioni esecutive o operazioni materiali.

Anche se ad oggi la norma da cui partire in materia di responsabilità del funzionario resta l'art. 28 Cost., essa mostra numerosi limiti: in particolare, non ha introdotto una disciplina realmente innovativa in ordine alla responsabilità civile verso i cittadini, limitandosi ad inserire un generale coinvolgimento personale del funzionario; non chiarisce la natura e la portata di questa responsabilità; nonché i suoi rapporti con la responsabilità dell'amministrazione.

Per vero, la dottrina si è espressa in maniera piuttosto condivisa per la natura extra-contrattuale della responsabilità in analisi, trattandosi evidentemente della conseguenza di un fatto antigiuridico produttivo di un danno economicamente valutabile posto in essere con colpa o dolo.

Qualche perplessità, invece, si riscontra sul suo fondamento, discutendosi se essa sia disciplinata in via immediata dall'art. 2043 c.c. o costituisca una forma a sé di responsabilità riferibile solo al precetto costituzionale.

I sostenitori di questa seconda impostazione⁴⁸ ritengono che l'art. 28 Cost. dia luogo ad una forma *sui generis* di responsabilità diretta del funzionario per atti riferibili alla amministrazione – la quale costituisce un soggetto dotato di una propria distinta personalità giuridica – in cui sono organicamente inseriti per esprimerne la volontà e/o la capacità d'azione materiale o giuridica.

Per altra tesi⁴⁹ l'imputazione diretta della responsabilità civile in capo ai singoli funzionari dell'amministrazione avviene allo stesso modo di quella penale, in

⁴⁷ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 611 ss.

⁴⁸ Cfr. E. MELE, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano 1990, 57 ss.

⁴⁹ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Nuovissimo Digesto Ital.*, Torino UTET 1998, 658-660, in cui si afferma «Sopravvivendo infatti la responsabilità diretta dell'amministrazione è chiaro che tale norma ha inteso dar vita ad una responsabilità personale del funzionario direttamente nei confronti del danneggiato, responsabilità che non potrebbe ammettersi in mancanza di un'espressa norma di legge, poiché a due soggetti distinti non può normalmente – al di fuori della ipotesi di cooperazione nell'evento – essere direttamente imputato un medesimo fatto dannoso».

quanto l'art. 28 Cost. mira a personalizzare, ai fini della responsabilità civile, l'operato del singolo funzionario, il quale così risponde del proprio comportamento tenuto nell'ambito dell'esercizio dei compiti istituzionalmente rimessi all'amministrazione di appartenenza, ma solo se ha abusato della funzione pubblica che è deputato a svolgere.

5. *Il vincolo di solidarietà tra le due responsabilità. La discrezionalità amministrativa e tecnica e la violazione di interessi legittimi. La responsabilità oggettiva*

Tra le due responsabilità concorrenti ed ambedue dirette⁵⁰ del funzionario e dell'amministrazione v'è senz'altro un rapporto di solidarietà⁵¹, talché, come si è già osservato, è indifferente per il privato danneggiato rivolgersi a uno di tali soggetti o ad entrambi⁵².

Ne consegue che tra le relative domande, dal punto di vista processuale, sussiste solo un vincolo di connessione materiale per l'oggetto o il titolo, che determina un mero litisconsorzio facoltativo⁵³ e che, quindi, consente l'autonomia delle cause⁵⁴.

Per essere ambedue forme dirette di responsabilità civile non è ipotizzabile una relazione di sussidiarietà, nel senso che l'amministrazione possa essere chiamata quale garante a pagare solo in caso di insolvenza del funzionario⁵⁵.

Va osservato a tal proposito che raramente i privati si rivolgono al funzionario

⁵⁰ V. Cassazione civile, sez. III, 16 dicembre 1982 n. 6934: «La pubblica amministrazione risponde direttamente, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, dei fatti illeciti dei propri dipendenti, in via concorrente e solidale con l'autore dell'illecito, la cui responsabilità è ugualmente diretta, senza che incidano sulla natura delle due corrispondenti obbligazioni risarcitorie, solidali a tutti gli effetti, compresi quelli previsti dall'art. 1301 c.c., nella possibilità di esistenza della sola responsabilità della pubblica amministrazione per fatto illecito del dipendente, giacché essa si ricollega alle ipotesi, normativamente previste, di esclusione della responsabilità personale di quest'ultimo, con conseguente venir meno dello stesso presupposto della responsabilità solidale; né la deducibilità delle suindicate responsabilità cumulativamente ovvero disgiuntamente, in quanto tale è la disciplina propria di tutte le obbligazioni solidali; né la configurazione di entrambe dette responsabilità come dirette».

⁵¹ In giurisprudenza: Cass., SS.UU.CC., 6 maggio 1971, n. 1282. In dottrina v. per tutti T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 1978, 417, che la qualifica come solidarietà di natura costituzionale.

⁵² V. Cass. civ., 5 gennaio 1979, n. 31; 29 gennaio 1964, n. 223.

⁵³ V. Cass. civ., 21 gennaio 1961, n. 87; 17 novembre 1963, n. 3134; 30 maggio 1966, n. 1441.

⁵⁴ Cfr. P. CESAREO, *La responsabilità dello Stato*, in *Amm. it.* 1975, I, 101 ss., secondo cui dal medesimo fatto derivano due tipi di responsabilità uniti dal vincolo solidale, sicché il danneggiato può rivolgersi indifferentemente al funzionario ovvero all'amministrazione.

⁵⁵ Nel senso della sussidiarietà della responsabilità della P.A., v. A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano 1948, 67; G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIAN-NATASIO, *La Costituzione Italiana: commento analitico*, Firenze 1949, 170.

o a questi solamente, in quanto appare più difficile sia provare la responsabilità del funzionario che ottenere, in concreto, il risarcimento⁵⁶.

Le due responsabilità sono asimmetriche, non corrispondendo perfettamente né sotto il profilo qualitativo né quantitativo. Infatti, l'amministrazione non risponde nelle identiche ipotesi e nelle medesime misure in cui risponde il funzionario⁵⁷.

La responsabilità del funzionario è ravvisabile se sussistono i requisiti sanciti dall'art. 2043 c.c., salvo la limitazione per colpa grave; lo stesso, ma non è prevista tale ultima limitazione, vale per quella concorrente dell'amministrazione, cui si aggiunge la riferibilità dell'illecito alla stessa.

Circa tale ultimo profilo, si osserva che non è rilevante la sussistenza di un rapporto stabile tra una persona fisica e l'ente, ma che un soggetto abbia agito nell'ambito dei compiti istituzionali dell'amministrazione⁵⁸, qualificandosi quale funzionario in senso lato⁵⁹.

Ciò comporta, da un lato, che sono esclusi da questa forma di responsabilità articolata su due soggetti distinti (funzionario-amministrazione) i casi di rapporto di lavoro autonomo⁶⁰, di rapporto di concessione⁶¹, di appalto⁶² e di delegazione

⁵⁶ Cfr. F. SPIGA, *Responsabilità civile degli amministratori pubblici: nuovi profili*, in *Foro amm.* 1988, 746, che afferma: «Nonostante il suo apparente significato, l'art. 28 cost. nella concreta operatività dei principi espressi ha visto pertanto svuotare di contenuto la responsabilizzazione dell'agente verso il terzo danneggiato, relegata ormai ad un ruolo sussidiario di strumento di pressione psicologica talvolta attivato per finalità che prescindono dalla immediata soddisfazione patrimoniale e sono invece dirette a richiamare l'amministrazione ad una condotta non in contrasto con precostituite posizioni d'interesse».

⁵⁷ V. Corte Cost. 14 marzo 1968, n. 2: in questa sentenza viene confermata indirettamente tale tesi, essendo stata riconosciuta la possibilità per il danneggiato di esperire tutte le azioni previste dall'art. 2043 del codice civile.

⁵⁸ V. Cass. pen. 2 settembre 1982, in *Cass. pen. Mass.*, 1984, 912. 128 C. App. Catanzaro, 23 febbraio 1979, in *Rass. avv. Stato*, 1979, 595.

⁵⁹ Sulla nozione di funzionario utilizzata ai fini dell'indagine si rinvia al par. 2.

⁶⁰ V. C. App. Catanzaro 23 febbraio 1979, in *Cass. pen. Mass.*, 1984, 912. 128 C. App. Catanzaro, 23 febbraio 1979, in *Rass. avv. Stato*, 1979, 595, in cui è stata esclusa la responsabilità dello Stato per danni provocati da un informatore del SID, legato all'amministrazione della Difesa da un rapporto di lavoro autonomo.

⁶¹ V. Cass. civ., sez. I, 16 aprile 1997, n. 3248: «Il concessionario di un'opera pubblica è responsabile del danno subito da un privato in dipendenza del cattivo funzionamento della suddetta opera solo ove egli sia tenuto – per legge o per contratto – ad eseguire tutti lavori di manutenzione, anche straordinaria, dell'opera». (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità dell'Ente autonomo acquedotto pugliese per i danni derivati ad un privato dal cattivo funzionamento del sistema fognario e aveva affermato la responsabilità del comune di Bitonto, proprietario di quel tratto di fogna, avendo accertato che i danni lamentati derivavano dall'omessa esecuzione di un'opera di straordinaria manutenzione alla cui esecuzione il concessionario, per convenzione, non era tenuto).

Cass. civ., sez. I, 14 aprile 1983, n. 2602: «Nella concessione di opera pubblica, anche nella forma di concessione della sola costruzione, si attua un trasferimento di funzioni e potestà pubbliche

amministrativa intersoggettiva⁶³; e dall'altro, che l'amministrazione corresponsa-

al concessionario, il quale agisce come organo indiretto dell'amministrazione concedente e la sua azione produce, nei confronti dei terzi, gli stessi effetti che produrrebbe l'azione diretta dell'amministrazione, alla quale il concessionario viene sostituito per effetto della concessione. Correlativamente il concessionario risponde direttamente dei danni cagionati a terzi dall'opera pubblica, sia per attività legittima che per illecito aquiliano, ed in questo secondo caso, anche se la colpa sia riferibile al concedente nella predisposizione del progetto e nella imposizione delle direttive, salvo l'eventuale rivalsa nei rapporti interni derivanti dalla concessione».

⁶² V. Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 1993, n. 2328: «Nell'appalto di opere pubbliche, l'autonomia dell'appaltatore, pur essendo meno ampia di quella degli appaltatori privati stante l'ingerenza della stazione appaltante (attuata attraverso la nomina obbligatoria del direttore dei lavori ed una sorveglianza più intensa e più ampia) continua tuttavia a sussistere, anche se in limiti più ristretti; ne consegue che l'appaltatore dell'opera pubblica e, di regola, l'unico responsabile dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera, potendosi aggiungere a questa responsabilità quella dell'amministrazione quando il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite da essa committente, mentre una responsabilità esclusiva di quest'ultima resta configurabile nel solo caso in cui essa abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, così da neutralizzarne completamente la sua libertà di decisione. In particolare, la sola circostanza che il direttore dei lavori non abbia mosso alcun rilievo in ordine alle modalità di esecuzione dell'opera da parte dell'appaltatore non è sufficiente a determinare una qualsiasi responsabilità, nemmeno solidale, dell'amministrazione committente verso i terzi».

⁶³ In giurisprudenza possono esaminarsi Cass. civ., 10 gennaio 1979, n. 156; 12 ottobre 1978, n. 4571, in cui si afferma che in caso di delegazione intersoggettiva si determina un trasferimento di funzioni dal delegante al delegato, sicché il primo conserva solo competenze di controllo sugli atti emessi in attuazione della delega. Pertanto il delegato agisce in nome proprio, non in veste di rappresentante dell'altro ente delegante, venendo a rispondere dei danni provocati da funzionari nell'esercizio delle competenze delegate.

Interessante appare anche Cass. civ., sez. I, 3 novembre 1983, n. 6474, secondo cui «Allorché la pubblica amministrazione affidi ad un privato la realizzazione di opere programmate nell'interesse pubblico, il rapporto non può definirsi di delegazione amministrativa, che è istituto peculiare del diritto pubblico e non può configurarsi che tra enti pubblici diversi (delegazioni intersoggettive) o tra organi diversi dallo stesso ente pubblico (delegazione interorganica), ricorrendo, invece, o la figura dell'appalto, ove l'affidamento sia strettamente limitato all'esecuzione del lavoro, ovvero quella della concessione cosiddetta traslativa, caratterizzata dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche (progettazione di massima ed esecutiva, direzione dei lavori, acquisizione delle aree mediante provvedimenti ablatori, ecc.) proprie del concedente e necessarie per la realizzazione delle opere. In quest'ultima ipotesi, peraltro, si verificano nei rapporti esterni effetti analoghi a quelli della delegazione amministrativa, poiché, nell'espletamento dei compiti affidatigli, il concessionario agisce in nome proprio ed è direttamente responsabile nei confronti dei terzi per le obbligazioni strumentalmente preordinate all'esecuzione delle opere oggetto della concessione, con la conseguenza che è unicamente il concessionario, e non il concedente, obbligato al pagamento dell'indennità per l'occupazione biennale dei suoli, decretata a suo favore, ed a maggior ragione, atteso anche il carattere personale della responsabilità da illecito aquiliano, al risarcimento dei danni per il successivo periodo di occupazione abusiva».

Ancora più precisamente Cass. civ., sez. III, 17 settembre 1980, n. 5280: «In presenza di delegazione amministrativa intersoggettiva per l'esecuzione di opera pubblica, in virtù della quale il delegato assume la diretta responsabilità nei confronti di terzi per tutti gli atti di esecuzione della delega, lo stesso può rivalersi verso l'amministrazione delegante delle maggiori somme versate al privato per danni da occupazione illegittima solo ed esclusivamente ove dimostri, non solo che il fatto

bile è da individuare in quella ove effettivamente opera il funzionario e di cui esercita le funzioni⁶⁴, in attuazione dei suoi compiti istituzionali⁶⁵.

Ciò che, pertanto, rileva per determinare la corresponsabilità di un ente è l'astratta riferibilità allo stesso dell'attività svolta dal funzionario, a prescindere non solo da eventuali vizi di legittimità della stessa, ma anche dalla concreta sussistenza del potere esercitato⁶⁶ e dallo svolgimento di mansioni non attribuite al funzionario, ma espletate arbitrariamente per fini egoistici⁶⁷.

Il criterio utilizzato dalla giurisprudenza⁶⁸ per determinare il coinvolgimento dell'amministrazione è analogo a quello maturato nella giurisprudenza francese, consistente nel collegamento della necessaria occasionalità⁶⁹, senza che abbia ri-

illecito sia imputabile alla stessa delegante per non avere tempestivamente fornito i mezzi finanziari occorrenti all'espropriazione, ma anche che un tale impegno sia stato espressamente assunto nell'atto di delega, non nascendo esso automaticamente dalla delegazione amministrativa»; nonché Cass. civ., sez. I, 24 giugno 1980, n. 3951: «L'ente pubblico, che abbia provveduto, in nome proprio, alla occupazione di urgenza di fondo privato, in forza di delegazione ricevuta da altra amministrazione per la realizzazione di un'opera pubblica e l'acquisizione del suolo necessario mediante espropriazione (nella specie, delega conferita dal Ministero dei Lavori Pubblici ad Istituto Autonomo per le Case Popolari, a norma della l. 9 agosto 1954, n. 640, per la costruzione di alloggi in favore delle famiglie allocate in abitazioni malsane), ha diritto di rivalersi sull'amministrazione delegante delle spese occorrenti all'attuazione delle delega, ma non anche delle maggiori somme che abbia dovuto versare al privato a titolo di danni per l'illegittimo protrarsi dell'occupazione oltre il biennio, salvo che dimostri una concorrente responsabilità del delegante per il fatto illecito, nei rapporti con il terzo danneggiato, ovvero una responsabilità del delegante medesimo, nei rapporti interni, per aver determinato l'illecito di esso delegato con l'inadempienza all'obbligo di anticipazione delle spese, espressamente assunto in sede di delega».

⁶⁴ V. Cass. civ., n. 330/1974, in cui è stata esclusa la responsabilità dello Stato per danni cagionati a terzi da un proprio funzionario in posizione di distacco presso la regione Sicilia, nel cui interesse aveva posto in essere l'attività risultata dannosa.

⁶⁵ V. Cass. civ., 17 dicembre 1970, n. 2700, in cui si è ritenuto che l'amministrazione cui appartiene il funzionario non debba rispondere dei danni da questi provocati nell'esercizio di funzioni, che pur astrattamente riferibili all'ente di appartenenza, sono svolte per il perseguimento di compiti istituzionali propri di altro ente, che si avvale di personale di altro ente al quale il funzionario appartiene organicamente.

⁶⁶ V. Cass. civ., 18 ottobre 1970, n. 5428.

⁶⁷ V. Cass. pen. 6 aprile 1976, n. 83.

⁶⁸ Per una disamina della dottrina e della giurisprudenza sul punto v. G. ALPA, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: l'attività dannosa*, in G. ALPA, M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, cit., 495.

⁶⁹ V. Cass. civ., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, per cui «Il carattere doloso dell'illecito posto in essere dal pubblico funzionario non esclude la sua riferibilità alla P.A. ai fini del sorgere di una responsabilità extracontrattuale di questa nei confronti dei terzi, dovendo affermarsi tale riferibilità qualora tra il comportamento del dipendente e le incombenze affidategli intercorra un nesso di occasionalità necessaria, la sussistenza del quale va valutata con riferimento alla finalità terminale cui tende l'attività nel suo complesso».

Ancora Cass. civ., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, che afferma «Il compimento di un fatto doloso, anche se configurante reato, da parte del pubblico dipendente non esclude la riferibilità del-

lievo la coincidenza tra i fini cui tendeva il funzionario e quelli istituzionali della amministrazione⁷⁰ ovvero la configurabilità del fatto come reato⁷¹ del comporta-

l'attività della p.a. allorché sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento dell'impiegato e le incombenze ad esso affidate, e dunque la condotta si inserisca in una attività che, complessivamente valutata, e avuto riguardo alla sua finalità terminale, non risulti estranea rispetto agli interessi e alle esigenze pubblicistiche (la S.C. precisa che tale principio vale anche se la condotta illecita, che assurga a valenza di reato, si inserisca in attività riconducibile a mera prassi operativa seguita dal dipendente per fini istituzionali)».

Infine, Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 1991, n. 1346, per cui «Nell'appalto di opera pubblica l'autonomia dell'appaltatore, pur essendo meno ampia di quella degli appaltatori per l'ingerenza dell'amministrazione appaltante (attraverso la nomina obbligatoria del direttore dei lavori ed una sorveglianza intensa e costante), continua tuttavia a sussistere in limiti più ristretti, per cui anche l'appaltatore di opera pubblica è di regola l'unico responsabile dei danni cagionati a terzi nel corso dei lavori, mentre una responsabilità dell'amministrazione committente resta configurabile in via concorrente e solidale allorché il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive della medesima e, in via esclusiva, solo quando l'ingerenza di detta amministrazione abbia compromesso ogni margine di libertà ed autonomia dell'appaltatore nell'organizzazione od esecuzione dei lavori: ne consegue che qualora nell'esecuzione di un appalto di opera pubblica venga abusivamente occupato, su iniziativa dell'appaltatore, il terreno di un terzo con deposito di materiali, la responsabilità per idanni relativi non grava sull'amministrazione appaltante, ma sull'appaltatore stesso al quale è rimessa l'organizzazione del cantiere e la valutazione della necessità di occupare temporaneamente i beni privati, al fine di ottenere la necessaria autorizzazione prefettizia».

Più precisamente Cass. civ., sez. I, 19 novembre 1992, n. 12381, in cui si sostiene «In tema di appalto di opere pubbliche è configurabile la responsabilità della pubblica amministrazione, ex art. 1218 c.c., per non aver proceduto alla verifica dell'opera ed al collaudo nel termine fissato dal capitolato, restando a carico dell'amministrazione committente, al fine di escludere la propria responsabilità per tale inosservanza, di dedurre e provare eventuali ragioni giustificative. Pertanto, ove il suddetto ritardo – diverso da quello rientrante nella fattispecie degli art. 35 e 36 d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063 – sia addebitabile all'amministrazione, compete all'appaltatore il risarcimento dei danni secondo le regole ordinarie».

⁷⁰ V. Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 1996, n. 10896, la quale afferma «In tema di responsabilità extracontrattuale della p.a. per fatto illecito commesso dal dipendente, affinché sia esclusa la responsabilità civile dell'ente pubblico rileva non tanto la natura dolosa o colposa dell'azione posta in essere dal funzionario pubblico, quanto la autonoma volontarietà della stessa svolta al di fuori dei compiti istituzionali».

Ed ancora Cass. civ., sez. III, 26 giugno 1998, n. 6334, che puntualizza: «In virtù del principio dell'immedesimazione organica, gli atti compiuti dagli organi della p.a. sono imputabili direttamente all'amministrazione stessa. Ne consegue che l'atto amministrativo formalmente imputabile ad un organo collegiale (nella specie, al consiglio comunale), ove lesivo dei diritti dei terzi, obbliga l'amministrazione al risarcimento del danno, a nulla rilevando che il danno del terzo fosse stato dolosamente preordinato dalle persone fisiche che hanno materialmente deliberato l'atto».

Ancora sul punto Cass. civ., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, secondo cui «Ai fini della configurabilità di una responsabilità extracontrattuale diretta della p.a. verso terzi ex art. 28 cost., è riferibile alla p.a. la condotta del proprio dipendente che sia esplicazione dell'attività dell'ente e sia rivolta al conseguimento dei fini istituzionali di esso. Detta responsabilità va esclusa nell'ipotesi in cui il dipendente agisca fuori dalle funzioni pubbliche cui è deputato e per fini del tutto personali ed egoistici che escludano il rapporto di "necessaria occasionalità" tra le incombenze stesse e l'attività che ha determinato il verificarsi del danno». Si veda anche, Cass. civ., sez. III, 25 marzo 1997, n. 2605, secondo cui «Ai sensi della vigente normativa (art. 28 cost.; art. 22 d.P.R. 10 gennaio 1957 n.

3; art. 59 d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29), la p.a. risponde dei danni arrecati a terzi dai propri dipendenti, salvo che il comportamento dell'agente, doloso o colposo, non sia diretto al conseguimento dei fini istituzionali propri dell'ufficio o del servizio di appartenenza, ma sia determinato da motivi strettamente personali ed egoistici, tanto da escludere ogni collegamento di "occasionalità necessaria" tra le incombenze affidategli e l'attività produttiva del danno».

Interessante appare Cass. civ., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, secondo cui «Il carattere doloso dell'illecito posto in essere dal pubblico funzionario non esclude la sua riferibilità alla P.A. ai fini del sorgere di una responsabilità extracontrattuale di questa nei confronti dei terzi, dovendo affermarsi tale riferibilità qualora tra il comportamento del dipendente e le incombenze affidategli intercorra un nesso di occasionalità necessaria, la sussistenza del quale va valutata con riferimento alla finalità terminale cui tende l'attività nel suo complesso».

Nello stesso senso Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 1996, n. 10896, per cui «L'attività del dipendente costituisce fonte di responsabilità dell'ente pubblico di appartenenza quando tale attività è diretta a conseguire i fini istituzionali e si svolge nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è addetto» e Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 1996, n. 10896, che precisa: «In tema di responsabilità extracontrattuale della p.a. per fatto illecito commesso dal dipendente, affinché sia esclusa la responsabilità civile dell'ente pubblico rileva non tanto la natura dolosa o colposa dell'azione posta in essere dal funzionario pubblico, quanto la autonoma volontarietà della stessa svolta al di fuori dei compiti istituzionali».

V., inoltre, Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 1995, n. 12786, (in senso conforme Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 1996, n. 10896) per cui «Il requisito della riferibilità alla p.a. degli atti o comportamenti dei propri dipendenti, necessario ai fini dell'applicazione dell'art. 28 cost. e del riconoscimento della responsabilità diretta dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti, non sussiste con riferimento ad attività dettate da fini assolutamente estranei all'amministrazione o non legate nemmeno da un nesso di occasionalità necessaria con i compiti affidati al dipendente». Nella specie è stata esclusa la responsabilità dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un incidente stradale intervenuto a bordo di un'autovettura militare in seguito ad una deviazione di percorso posta in essere per finalità meramente private.

Così Cassazione civile sez. I, 13 dicembre 1995, n. 12786: «Sussiste la responsabilità della p.a. per atti compiuti dai propri dipendenti allorché concorrano il rapporto di causalità tra l'atto o il comportamento del dipendente e l'evento dannoso, nonché la riferibilità di tale atto alla p.a. di tale atto o comportamento. Tale riferibilità deve ritenersi esclusa relativamente a quelle attività strettamente personali del dipendente o non legate neppure da un nesso di occasionalità necessaria con i compiti affidatigli». Nella specie, la S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha escluso la responsabilità della p.a. in ordine al sinistro provocato da un militare di leva il quale, nel condurre l'autovettura di servizio, dopo aver espletato il proprio compito di consegna del rancio alla truppa, aveva deviato dal percorso durante il viaggio di ritorno in caserma, per portarsi in un bar sito in una località che non avrebbe dovuto raggiungere in relazione al servizio affidatogli.

Anche Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 1993, n. 9935, afferma che «Perché sussista la diretta responsabilità dello Stato verso i terzi, per l'attività colposa o dolosa di pubblici dipendenti è necessaria la riferibilità della detta attività allo Stato, perché diretta al perseguimento dei suoi fini istituzionali, ancorché con abuso di potere. Tale riferibilità deve essere esclusa, allorché l'attività (dannosa per i terzi) trovi nell'esplicazione della pubblica funzione solo l'occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle dell'ufficio o, addirittura, contro la p.a.».

Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 1993, n. 9935: «La responsabilità diretta dello Stato verso i terzi per l'attività a questi ultimi pregiudizievole dei pubblici dipendenti presuppone la riferibilità dell'attività allo Stato, in quanto diretta al perseguimento dei suoi fini istituzionali, ancorché con abuso di potere. Tale riferibilità va esclusa quando l'attività trovi nell'esplicazione della pubblica funzione solo l'occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle della pubblica funzione solo l'occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle dell'ufficio, o addirittura contro l'interesse

mento infedele del funzionario, salvo che questo non evidenzi la natura egoistica del comportamento e, quindi, la mancanza di qualsiasi collegamento ai fini istituzionali⁷².

Il rapporto viene interrotto solo in caso di assoluta estraneità del comportamento tenuto dal funzionario rispetto ai fini istituzionali dell'ente⁷³.

della pubblica amministrazione (nella specie, alcuni funzionari doganali avevano fatto falsamente apparire in transito comunitario merce di provenienza extracomunitaria, immessa sul mercato interno, che avrebbe dovuto essere soggetta al pagamento di diritti doganali).

V. Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 1991, n. 12960: «Il rapporto organico tra la P.A. ed il dipendente, in forza del quale la prima risponde dei danni arrecati a terzi dal secondo, risulta interrotto soltanto quando il comportamento dell'agente non sia diretto al conseguimento di fini istituzionali, ma unicamente al soddisfacimento di finalità c.d. "egoistiche", del tutto estranee alle mansioni esplicate».

V. Cassazione civile sez. III, 3 dicembre 1991, n. 12960: «Il rapporto organico in forza del quale la p.a. è obbligata a rispondere dei danni arrecati a terzi dai propri dipendenti può ritenersi interrotto soltanto quando il comportamento dell'agente, doloso o colposo, non sia diretto al conseguimento dei fini istituzionali propri dell'ufficio o del servizio al quale è addetto, ma sia determinato da motivi strettamente personali ed egoistici, tanto da escludere ogni collegamento di necessaria occasionalità tra le incombenze affidategli e l'attività produttiva del danno; per accertare il predetto nesso e la conseguente riferibilità all'amministrazione dell'evento dannoso, deve aversi riguardo allo scopo ultimo che il dipendente deve raggiungere per cui l'abuso di potere commesso nel corso delle operazioni tendenti a quel fine non esclude il collegamento di necessaria occasionalità con le attribuzioni istituzionali del dipendente quando, quale che sia il motivo che lo ha determinato, risulti strumentale rispetto alla attività d'ufficio o di servizio».

⁷¹ In dottrina già prima della Costituzione repubblicana si obiettava che è inammissibile che lo Stato o gli enti pubblici commettano reati, per cui le condotte costituenti reato non sono, in concreto, riferibili all'ente, ma sono propri del funzionario. In tal senso F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano 1911, 210, che però aggiunge (spec. 880) che non è sufficiente la coscienza della violazione del diritto e del danno, ma occorre la pravità del fine. Così anche S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1937, 274; O. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano 1945, 98.

Ma anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione non è mancato chi (G. GUGLIELMI, *L'art. 28 della Costituzione*, cit., 170) ha continuato a sostenere tale tesi.

In senso opposto si è, però, posta la giurisprudenza e in parte la dottrina sulla scia di quella francese di P. COUZINET, *L'infraction pénale de l'agent public et le problème de la responsabilité civile*, in *Mélanges Magnol*, Sirey 1948, 131 ss. e sulla base degli insegnamenti di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 33 ss. e F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano 1947, 155 ss.

⁷² V. Cass. civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 485: «Il reato, commesso da un dipendente della p.a. per scopi egoistici e privati, interrompe il rapporto organico e la possibilità di riferire la sua attività illecita alla p.a., stante l'assoluta incompatibilità tra il fine personale dell'autore dell'appropriazione e quelli istituzionali dell'amministrazione».

⁷³ Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 1984, n. 5333, secondo cui: «L'attività del dipendente di un ente pubblico può essere riferita all'ente pubblico se ed in quanto si presenti come esplicitazione dell'attività dell'ente stesso, sia cioè diretta al conseguimento dei suoi fini istituzionali nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è addetto. Viceversa una frattura del rapporto organico, con esclusione della responsabilità della p.a., si verifica allorquando il funzionario agisca come semplice privato per una finalità strettamente personale, configurandosi in tal caso

Nella sentenza della Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 13048⁷⁴ si è chiarito che sussiste un nesso di occasionalità necessaria tra la condotta illecita del funzionario e le incombenze allo stesso affidate, considerando non solo lo specifico comportamento dello stesso costituente abuso, ma anche il complesso delle attività pubbliche al quale il comportamento inerisce. Con le parole della Corte: «[...] va ravvisata la connessione con le finalità istituzionali dell'ente pubblico tutte le volte in cui l'espletamento delle mansioni inerenti al servizio presta-

l'attività da lui posta in essere come del tutto estranea all'amministrazione e priva di ogni collegamento con i poteri propri dell'agente».

Sul punto v. anche Cass. civ., sez. III, 17 dicembre 1986, n. 7631, che ha avuto modo di affermare: «Perché sussista la responsabilità della pubblica amministrazione per fatti illeciti dei suoi dipendenti, devono concorrere due elementi; il nesso di causalità obiettiva tra il comportamento del dipendente e l'evento dannoso, nonché la riferibilità alla amministrazione del fatto del dipendente autore del comportamento. L'attività del dipendente può essere riferita all'ente pubblico e costituisce fonte di responsabilità diretta, in quanto sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente stesso, cioè sia diretta al conseguimento dei suoi fini istituzionali nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è addetto. Si verifica, viceversa, una frattura del rapporto organico, con esclusione della responsabilità della pubblica amministrazione, allorché il funzionario agisca come semplice privato per una finalità strettamente personale, configurandosi in tal caso l'attività da lui posta in essere come del tutto estranea all'amministrazione e priva di ogni collegamento con i poteri propri dell'agente».

Ancora più puntualmente Cass. civ., sez. III, 17 settembre 1997, n. 9260, osserva che «Affinché ricorra responsabilità della p.a. per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente – responsabilità il cui fondamento risiede nel rapporto di immedesimazione organica – deve sussistere oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso anche la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso, la quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente pubblico, e cioè tenda, pur se con abuso di potere, al conseguimento dei fini istituzionali di questo nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui il dipendente è addetto. Tale riferibilità viene meno, invece, quando il dipendente agisca come un semplice privato per un fine strettamente personale ed egoistico che si riveli assolutamente estraneo all'amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, atteso che in tale ipotesi cessa il rapporto organico fra attività del dipendente e la p.a., senza che il venir meno di tale rapporto e della conseguente responsabilità risarcitoria dell'amministrazione sia in alcun modo impedito dalla circostanza che il fatto lesivo sia stato posto in essere da un dipendente che per la particolare disciplina a lui applicabile, sia da considerare "in servizio" anche nel periodo di legittima astensione dalla prestazione lavorativa. (Nella specie la S.C. nell'enunciare il principio di cui alla massima ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità del Ministero della difesa in un caso nel quale un militare dell'arma dei carabinieri, durante una riunione conviviale in un locale pubblico, volendo dar prova della propria abilità nel maneggio delle armi aveva fatto partire accidentalmente un colpo dalla pistola di ordinanza, uccidendo una delle persone che assistevano alla dimostrazione)».

Allo stesso modo Cass. civ., sez. I, 4 marzo 1985, n. 1808: «La violazione da parte della p.a. delle regole di buona amministrazione, poste dall'art. 97 comma 1 Cost., quale fonte di responsabilità risarcitoria in relazione al pregiudizio arrecato a posizioni di diritto soggettivo del privato, è ravvisabile anche con riguardo alla ritardata erogazione di somme (nella specie, per trattamento pensionistico), qualora risultino superati i tempi normalmente occorrenti ai prescritti adempimenti burocratici, per colposa trascuratezza e negligenza dell'amministrazione medesima».

⁷⁴ Che richiama, altresì, la nozione del c.d. rapporto di immedesimazione organica per giustificare la riferibilità degli atti del funzionario all'amministrazione.

to abbia costituito la *conditio sine qua non* del fatto illecito produttivo del danno, quanto meno per averne grandemente agevolato, ma pur sempre in modo decisivo, la realizzazione. Il rapporto di occasionalità necessaria deve ritenersi sussistente ogniqualvolta l'agente pubblico imputato di reati, pur perseguendo fini propri, intanto abbia potuto consumare questi in quanto – svolgendo le funzioni assegnategli e avendo così attinto legittimamente informazioni d'ufficio (poi utilizzate illegalmente) si siano oggettivamente e concretamente dimostrate indispensabili per l'esecuzione dei reati medesimi».

Quanto all'individuazione dell'amministrazione responsabile, prevale l'orientamento di riferirsi alla natura delle funzioni espletate, piuttosto che al rapporto di servizio, talché un funzionario organicamente inserito in un ente può impegnare, anche ai fini dell'imputabilità dell'illecito compiuto, un'altra amministrazione nell'esercizio dei cui compiti ha provocato un danno a terzi⁷⁵.

L'illecito si qualifica per il suo contrasto con l'ordinamento giuridico, nel senso che il comportamento si appalesi antiggiuridico. L'antigiuridicità, in concreto, sorge per la violazione dei doveri giuridici, particolarmente per violazione di una legge formale o materiale.

Delicati problemi sorgono in relazione all'uso del potere discrezionale, che in

⁷⁵ V. Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 1997, n. 1000: «Il Ministero della pubblica istruzione è civilmente responsabile per i danni riportati da un allievo di un Istituto tecnico professionale nel corso di una esercitazione nei locali scolastici, determinati da fatto colposo addebitabile ad un docente, poiché il personale di ruolo adibito all'insegnamento in questi Istituti – che pure hanno personalità giuridica e autonomia amministrativa – è legato da rapporto di pubblico impiego con lo Stato ai sensi degli artt. 45 ss. l. 15 giugno 1931 n. 889 e svolge la propria attività professionale nell'esercizio di incombenze affidategli dal Ministero».

Cass. Civ., sez. III, 10 febbraio 1981, n. 826: «A norma dell'art. 2 della l. 4 marzo 1958 n. 261, l'istituzione e la gestione del doposcuola costituivano compito esclusivo dei patronati scolastici, tenuti ad eseguirlo in piena autonomia e senza essere in alcun modo vincolati, nell'organizzazione delle relative attività, alle direttive impartite dal direttore didattico, il cui controllo sul doposcuola non aveva carattere sostitutivo, in mancanza di un'espressa disposizione di legge che lo prevedesse ed in assenza di qualsiasi rapporto gerarchico tra tale organo interno dell'amministrazione della pubblica istruzione ed il patronato stesso (e relativi dipendenti), ente pubblico distinto dalla amministrazione dello Stato». (Principio affermato in tema di responsabilità per fatto illecito causato dallo svolgimento, durante il doposcuola, di una partita di palla a volo in ambiente non idoneo).

Cass. civ., sez. un., 18 novembre 1992, n. 12316: «Le ordinanze contingibili e urgenti emesse in tema di sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 153 del t.u. della legge comunale e provinciale, approvata con r.d. 4 febbraio 1915 n. 148, sono emanate dal sindaco quale ufficiale di governo, con la conseguenza che legittimato passivo nelle azioni di risarcimento dei danni, che derivano da detti provvedimenti, è lo Stato e non il Comune».

Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2164: «La responsabilità civile per gli atti illeciti commessi da un vigile urbano nell'esercizio delle sue funzioni di agente di polizia giudiziaria, a norma degli artt. 219 e 221, comma 2, c.p.p., è riferibile allo Stato, e non al comune dal quale il vigile istituzionalmente dipende, in quanto il fatto si è verificato mentre il vigile assolveva ad una funzione a lui affidata per il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla repressione dei reati, cioè per fini rientranti nella competenza esclusiva dello Stato». (Nella specie, il vigile urbano aveva esploso due colpi di pistola all'indirizzo di un ladrunco in fuga, cagionando lesioni personali a terzi).

genere è rimesso all'amministrazione e, di conseguenza, al funzionario che in suo nome agisce⁷⁶.

In linea di massima, nessuna responsabilità può sorgere di per sé dall'imperfetta applicazione da parte dell'organo procedente delle regole di buona amministrazione⁷⁷ e del merito amministrativo, nonché del buon andamento e dell'imparzialità⁷⁸, profili non sindacabili da parte del giudice ordinario.

Tuttavia, anche nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, le amministrazioni, e chi per esse, sono tenute, come tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, a rispettare le regole della comune diligenza e prudenza⁷⁹, la cui inosservanza ri-

⁷⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017, 273 ss.

⁷⁷ Cfr. M.R. MICHILLI, *La responsabilità civile degli enti pubblici e dei loro agenti verso i terzi*, in *Cons. St.* 1977, II, 1140 ss.

⁷⁸ Sul punto è interessante Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 1987, n. 4875: «La violazione da parte della p.a. delle regole circa il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione poste dall'art. 97 cost. costituisce fonte di responsabilità risarcitoria in relazione al pregiudizio arrecato a posizioni soggettive del privato; pertanto tale responsabilità è ravvisabile in relazione alla ritardata erogazione di somme dovute per trattamento pensionistico qualora in base ad un criterio di ragionevolezza risultino superati i tempi normalmente occorrenti per i prescritti adempimenti burocratici per colposa trascuratezza e negligenza dell'amministrazione medesima, le quali vanno accertate in concreto tenendo conto dei singoli atti del procedimento amministrativo nonché del comportamento dell'interessato, ove allo stesso siano imputabili inerzia e trascuratezza sia nella fase amministrativa, sia nella eventuale fase giurisdizionale. (Nella specie, la C.S. in base all'enunciato principio ha annullato la decisione del merito che aveva affermato la responsabilità risarcitoria della p.a. per il solo fatto del ritardo, ancorché notevole, nel riconoscimento del trattamento pensionistico, senza motivare sulla ritenuta corrispondente inerzia degli organi amministrativi)».

⁷⁹ V. Cass. civ., sez. III, 22 aprile 1999, n. 3991: «La p.a. incontra, nell'esercizio del suo potere discrezionale anche nella vigilanza e controllo dei beni demaniali, limiti derivanti dalle norme di legge e di regolamento, nonché dalle norme tecniche, e da quelle di comune prudenza e diligenza, ed, in particolare, dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere*, in applicazione della quale essa è tenuta a far sì che il bene demaniale non presenti per l'utente una situazione di pericolo occulto, cioè non visibile e non prevedibile. (Nella fattispecie, la S.C., in applicazione di tale principio, ha confermato la decisione del giudice di merito, che aveva condannato una amministrazione provinciale, per non avere apprestato specifici segnali idonei a richiamare l'attenzione degli utenti della strada, al risarcimento dei danni cagionati ad un soggetto che, a bordo della propria autovettura, era stato, del tutto incolpevolmente, investito da un daino, il quale aveva attraversato all'improvviso l'arteria provinciale nella zona di un Centro sperimentale di protezione selvatica, gestito dalla suddetta amministrazione)».

Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 1999, n. 674: «La discrezionalità (e la conseguente insindacabilità da parte del giudice ordinario) dei criteri e dei mezzi con i quali l'amministrazione realizza e mantiene un'opera pubblica trovano un limite nell'obbligo dell'amministrazione medesima di osservare, a tutela dell'incolumità dei cittadini e dell'integrità del loro patrimonio, le specifiche disposizioni di legge e di regolamento disciplinanti quelle attività, nonché le comuni norme di diligenza e prudenza, così che all'inosservanza di dette disposizioni e norme consegue la ineludibile responsabilità dell'amministrazione per i danni arrecati a terzi. È, in particolare, configurabile, a carico della p.a., una responsabilità ex art. 2051 c.c. in relazione a beni, demaniali o patrimoniali, non soggetti ad uso generale e diretto della collettività (come, nella specie, la rete fognaria comunale), i quali consentano, per effetto della loro limitata estensione territoriale, un'adeguata attività di vigilanza e di controllo da parte dell'ente a tanto preposto».

donda a violazione di una norma giuridica⁸⁰: si pensi al danno provocato ai passanti a causa della cattiva costruzione o manutenzione di una strada ovvero all'acquisizione della proprietà di fondi acquisita a seguito di occupazione non titolata⁸¹.

Un sindacato giurisdizionale "aggiuntivo" si riscontra allorché la legge ponga dei limiti specifici all'azione amministrativa ovvero tali limiti siano previamente

Cass. civ., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7339: «L'attività della p.a., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche della norma primaria del *neminem laedere*, per cui, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione, dettati dall'art. 97 Cost., la p.a. è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario».

Cass. civ., sez. un., 20 aprile 1991, n. 4290, secondo cui «L'insindacabilità delle scelte della pubblica amministrazione relative alla organizzazione di un servizio pubblico, trova un limite insuperabile nel dovere generale del "neminem laedere". La pubblica amministrazione, che organizza un servizio di scuolabus, è tenuta a predisporre le cautele occorrenti, ad evitare pericoli di lesione alle persone degli utenti».

⁸⁰ V. Cass. civ., 25 luglio 1966, n. 2039; 25 febbraio 1970, n. 447; 25 maggio 1971, n. 1540.

⁸¹ V. Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464: «Nelle ipotesi in cui la Pubblica amministrazione (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configura legittima, la radicale trasformazione del fondo, con irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, ed inoltre costituisce un fatto illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione, con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità, intervenuto successivamente a tale momento, deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, sia ai fini della responsabilità da illecito».

Cass. civ., sez. I, 3 maggio 1984, n. 2689: «Nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima per mancanza del provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configura legittima, la radicale trasformazione del fondo, con l'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, che, derivando da un fatto illecito, abilita il privato a chiedere la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno conseguente alla perdita della proprietà verificatasi al momento della trasformazione del fondo nei sensi indicati, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere d'acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione, con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo, intervenuto successivamente al suddetto momento, deve considerarsi privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, sia ai fini della responsabilità da illecito».

In senso conforme Cass. civ., sez. I, 21 maggio 1984, n. 3118; Cass. civ., sez. I, 10 maggio 1984, n. 2854.

fissati, pur discrezionalmente, dalla stessa amministrazione: in tali circostanze può realizzarsi un abuso nell'esercizio del potere discrezionale⁸².

L'apprezzamento discrezionale di ponderazione dei vari interessi implica la valutazione del rischio che l'azione risulti dannosa. Compierla significa correre tale rischio, ossia assumersi le conseguenze della dannosità dell'azione.

Non va confusa con la discrezionalità amministrativa quella tecnica⁸³, che consiste nel potere di valutare un fatto sulla base di criteri e regole tratte da scienze, arti e simili.

L'insita possibilità di scelta tra diverse soluzioni tecniche, in genere rimessa a organi di natura tecnica – non riguardando una valutazione e ponderazione di interessi pubblici riservate all'amministrazione – può essere sindacata da parte del giudice, specie se tale facoltà discrezionale riguarda le modalità attuative di una scelta amministrativa discrezionale o meno⁸⁴, in ordine al rispetto delle regole di comune prudenza e diligenza⁸⁵.

Mentre per il funzionario si richiede la coscienza della suddetta antiggiuridicità – cui è equiparabile la mancata conoscenza dovuta a colpa dello stesso⁸⁶ – del suo comportamento dannoso, per l'amministrazione se ne prescinde in relazione alla sua natura meramente formale ipostatica.

⁸² V. Cass. civ., sez. I, 5 agosto 1994, n. 7304: «*Ai confini della configurabilità di una responsabilità risarcitoria del funzionario di polizia giudiziaria, che ha applicato o richiesto misure di prevenzione sulla base di elementi ed indici sintomatici di mafiosità poi ritenuti insussistenti dall'autorità giudiziaria, occorre che i correlativi provvedimenti manchino del tutto di motivazione, ovvero siano manifestamente aberranti per difetto di nesso tra presupposti di fatto e conclusioni, così da porre in evidenza un abuso del potere discrezionale, ovvero ancora che i fatti addotti non siano veritieri o ne siano stati taciuti altri, di segno opposto, rilevanti, che avrebbero sminuito il valore indiziante di quelli denunciati*».

⁸³ V. Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 1997, n. 1501: «*Costituisce limite alla discrezionalità anche tecnica, della P.A. di adottare provvedimenti – nella specie del sindaco, quale ufficiale di governo, di esercitare o meno il potere di emissione e di esecuzione di ordinanze contingibili e urgenti ai sensi dell'art. 153 r.d. 4 febbraio 1915 n. 148 (ora dell'art. 38, l. 8 giugno 1990, n. 142), ovvero di adottare ogni altra cautela idonea a tutelare la pubblica incolumità – il rispetto delle norme di comune prudenza e diligenza, poste a tutela del principio del *neminem laedere*. Perciò se il comportamento omissivo della P.A., in violazione di dette norme, è stato concausa efficiente della lesione di un diritto – insuscettibile di affievolimento, come quello alla vita, all'integrità fisica, alla salute – di un terzo, essa ne è corresponsabile ai sensi dell'art. 2055 c.c.*».

⁸⁴ V. Cass. civ., 31 luglio 1955, n. 2482.

⁸⁵ V. Cass. civ., sez. III, 29 giugno 1981, n. 4216: «*La discrezionalità di cui gode la Pubblica amministrazione nel campo tecnico non implica che essa possa esimersi dall'attenersi ai criteri fondamentali di prudenza e diligenza richiesti per la tutela dei beni valutati dall'ordinamento come oggetto di diritti assoluti; tuttavia il dovere di diligenza della amministrazione non può estendersi sino al punto di prevenire le imprudenze dei propri dipendenti, in quanto questi ultimi sono tenuti ad esplicitare, nelle mansioni loro affidate, l'ordinaria diligenza*».

⁸⁶ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, cit., 660, secondo cui «*Alla coscienza dell'antigiuridicità può essere equiparato poi il fatto che la mancata conoscenza dell'antigiuridicità stessa sia dovuta a colpa, tenendo però presente che l'art. 13 del d.P.R. 11 gennaio 1956 n. 17, limita la responsabilità personale del funzionario al caso di dolo o colpa graves*».

Naturalmente l'antigiuridicità del comportamento del funzionario è esclusa dalla sussistenza di cause di giustificazione, sia di carattere generale, quali la legittima difesa (art. 51 c.p.), lo stato di necessità (art. 54 c.p.), il caso fortuito o la forza maggiore (art. 45 c.p.), l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), l'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), il consenso dell'avente diritto ovvero l'incapacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto, non determinata colposamente (art. 2046 c.c.); sia quelle particolari previste per la figura del funzionario, quali l'ordine del superiore (che ne diventa per ciò stesso responsabile) che lo stesso sia tenuto a rispettare, salvo che costituisca un reato, sempreché ne abbia fatta rimostranza motivata e abbia ottenuto il rinnovo dell'ordine per iscritto (art. 17 T.U. n. 3/1957) o conferimento di delega ad altro funzionario, il quale ultimo è responsabile del settore conferito, salvo cooperazione da parte del delegante nel fatto dannoso.

L'elemento oggettivo dell'illecito è formato, come si ricava dalla teoria generale del diritto penale, da una condotta, da un evento lesivo e da un rapporto di causa-effetto tra di essi.

La prima può essere commissiva od omissiva. Quella commissiva può consistere nel compimento di un atto giuridico, quale l'emissione di un atto amministrativo o di un atto privatistico, ovvero in un atto di natura tecnica o in un'operazione materiale. Quella omissiva sussiste non solo ove si concreti violazione di una specifica norma istitutiva del dovere inavaso, ma anche allorché la condotta omissiva si ponga come violazione del principio generale di prudenza e diligenza *ex art. 2043 c.c.*⁸⁷. Naturalmente ai diversi tipi di condotta si applicano regole diverse per la qualificazione della antigiuridicità della stessa.

Il danno risarcibile riguarda tradizionalmente ogni pregiudizio provocato a diritti soggettivi, con esclusione degli interessi legittimi in senso proprio. Sono compresi sia il danno emergente, vale a dire una perdita economica, che il lucro cessante, ossia un mancato guadagno, senza potersi escludere aprioristicamente il danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* nel caso di commissione di reato o di altra espressa previsione legislativa.

Nel tempo, si è diffuso un orientamento teso a consentire il risarcimento dei danni arrecati dall'amministrazione ad interessi legittimi⁸⁸.

⁸⁷ V. Cass. civ., sez. I, 12 agosto 1992, n. 9550: «*La responsabilità della P.A. per il risarcimento dei danni cagionati da una condotta omissiva sussiste non soltanto in caso in cui questa concreti violazione di una specifica norma istitutiva dell'obbligo inadempito, ma anche quando detta condotta si ponga come violazione del principio generale di prudenza e diligenza, di cui è espressione l'art. 2043 c.c. (Nella specie, sancendo il principio di cui in massima, la S.C. ha confermato la sentenza con la quale il giudice di merito aveva condannato la P.A. al risarcimento dei danni prodotti ad un privato da un incendio originatosi lungo le sponde di un corso d'acqua negligenemente tenute in stato di abbandono dalla stessa P.A. con conseguente incremento di sterpaglie atte a favorire la combustione)*».

⁸⁸ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, cit., 22, che segnala come la «*distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, bipartizione tutta italiana e sconosciuta negli altri ordinamenti europei, [...] ha dovuto subire l'impeto di pesanti spallate da parte dei giudici della Corte*

Invero, nessun problema si è mai seriamente posto ai casi di interesse legittimo connesso a diritti soggettivi affievoliti o fievoli *ab origine*, in quanto – dopo che la giurisdizione amministrativa ha annullato il provvedimento compressivo – il diritto sottostante si espande consentendone la tutela risarcitoria innanzi al giudice ordinario⁸⁹.

di giustizia miranti non tanto ad eliminare la distinzione in sé e per sé, quanto ad evitare che la stessa possa servire da pretesto per limitare il risarcimento dei danni da parte dell'Amministrazione pubblica». Ricorda l'Autore che «la legge comunitaria per il 1991, del 19 febbraio 1992 n.142, dando attuazione alla direttiva e recependo l'orientamento emerso nella sentenza della Corte di giustizia nel caso Francovich introduce all'art.13 il diritto ad essere risarciti del danno conseguente al mancato rispetto, da parte dell'amministrazione, delle regole comunitarie e nazionali in materia di appalti pubblici. Al di là della diversa disciplina che gli ordinamenti nazionali riconoscono ai rapporti giuridici che si instaurano tra una persona, fisica o giuridica, e la Pubblica Amministrazione, ciò che conta per il diritto comunitario, è che vi sia sempre la possibilità di ottenere la riparazione per intero della lesione che abbia come conseguenza un danno economico».

Sull'argomento si rinvia a AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* (Atti del XXXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 17-19 settembre 1992), Milano 1994; F. SATTA, *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari* (nota a Cass., sez. un., 14 gennaio 1992, n. 367), in *Giur. it.*, 1993, I, 1; M. FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla legge 19 febbraio 1992 n. 142 (legge comunitaria 1991) in materia di risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, in *Cons. Stato* 1992, II, 757 ss.; S. PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale?*, in *Danno e responsabilità* 1997, 59 ss.

⁸⁹ V. Cass. civ., sez. un., 10 marzo 1992, n. 2857: «I provvedimenti amministrativi contingibili e urgenti che il Sindaco può emanare per ragioni di igiene, di edilizia e di polizia locale incidendo sul diritto di proprietà o su altri diritti soggettivi, determinano la degradazione immediata di essi a interessi occasionalmente protetti, ancorché per l'estrema urgenza se ne renda necessaria od opportuna l'esecuzione diretta da parte dell'amministrazione pubblica senza la comunicazione del relativo ordine, atteso che tale omissione pur potendo scagionare il suo destinatario dalla responsabilità per inottemperanza, non impedisce l'affievolimento del diritto riferibile al provvedimento amministrativo. Ne deriva che la domanda proposta dai proprietari di un edificio demolito per conseguire il risarcimento del danno, che si assume essere loro derivato dalla asserita illegittimità del provvedimento di abbattimento del Sindaco, spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, risolvendosi essa nella contestazione dell'esercizio del potere autoritativo dell'ente pubblico, nei cui confronti le posizioni del privato hanno consistenza di semplici interessi legittimi».

Cass. civ., sez. I, 14 maggio 1998, n. 4854: «La posizione soggettiva del privato che abbia ottenuto una concessione edilizia ha natura di diritto soggettivo, onde – una volta annullato dal giudice amministrativo il provvedimento comunale di annullamento della concessione stessa – il privato può agire dinanzi al giudice ordinario al fine di conseguire il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo annullamento».

Cass. civ., sez. un., 2 novembre 1987, n. 8054: «Se il provvedimento amministrativo ha degradato il diritto soggettivo (nella specie: di proprietà) del privato ad interesse legittimo, non è possibile ipotizzare una responsabilità personale del funzionario che l'ha posto in essere, prima che sia stata accertata, nella competente sede, l'illegittimità del provvedimento stesso con conseguente ristabilimento del diritto pretesamente leso».

Cass. civ., sez. un., 2 novembre 1987, n. 8054: «Qualora il sindaco ordini la demolizione di un edificio privato per ragioni di salvaguardia dell'incolumità pubblica, deve escludersi che il proprietario, contestando l'esistenza di un pericolo di crollo, ovvero l'urgenza e necessità di detta demolizione in alternativa a misure di tipo provvisorio, ovvero anche la regolarità formale del provvedimento (nella

Al contrario, maggiori perplessità si sono incontrate in relazione agli interessi legittimi c.d. puri, cioè non connessi ad alcun diritto soggettivo⁹⁰: questione, per vero, ormai superata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e dalla L. 21 luglio 2000, n. 205⁹¹, che hanno attribuito alla giurisdizione amministrativa in sede di competenza esclusiva il potere di provvedere in ordine ai danni derivati da violazione di posizioni giuridiche tutelate⁹².

Detta normativa non si coordina perfettamente con l'art. 28 Cost., che pone in primo piano una responsabilità civile del funzionario per danni arrecati a terzi. Infatti, il soggetto leso dall'azione discrezionale per ottenere il risarcimento del danno da parte dell'amministrazione deve adire la giurisdizione amministrativa

specie, in relazione all'indicazione dell'effettivo proprietario), possa adire il giudice ordinario con azione risarcitoria (contro la amministrazione), e, correlativamente, deve negarsi che possa invocare una responsabilità diretta e personale del sindaco a norma dell'art. 28 cost, poiché il predetto ordine configura espressione del potere autoritativo conferito al sindaco medesimo, in materia di sicurezza pubblica, dall'art. 153 (in riferimento al successivo art. 217 n. 9) del r.d. 4 febbraio 1915 n. 148, e, quindi, è atto idoneo a degradare il diritto domenicale del destinatario ad interessi tutelabili solo dinanzi al giudice amministrativo, mentre le indicate denunce, riguardano apprezzamenti discrezionali riservati all'autorità amministrativa, o comunque la legittimità dell'esercizio in concreto di quel potere, non la sua sussistenza, investono questioni sottratte al sindacato del giudice ordinario».

⁹⁰ Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5030: «I provvedimenti di determinazione dei prezzi di merci, prodotti o servizi, resi dal comitato interministeriale e dai comitati provinciali dei prezzi, configurano esplicitazione di potestà discrezionale politico-amministrativa, conferita dall'ordinamento all'amministrazione in attuazione dei principi costituzionali circa il limite dell'utilità sociale al diritto d'impresa, a fronte della quale la posizione dell'imprenditore, per il rispetto delle norme che regolano l'esercizio della potestà medesima, ed ancorché in relazione alla pretesa non remunerativa dei prezzi, ha natura e consistenza di mero interesse legittimo; pertanto, l'annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di uno di detti provvedimenti, comporta che l'operatore economico potrà trovare tutela al proprio interesse sostanziale con l'attuazione del giudicato amministrativo e la rinnovazione del provvedimento con un prezzo eventualmente maggiore, nonché in sede di esecuzione del singolo contratto, invocando la sopravvenuta modificazione della clausola sul prezzo per effetto di quella rinnovazione, ma non anche mediante esperimento di azione risarcitoria contro la p.a. davanti al giudice ordinario, stante la non configurabilità di una responsabilità risarcitoria, a norma dell'art. 2043 c.c., per la lesione di meri interessi legittimi; tale principio manifestamente non comporta una situazione di contrasto di detta norma con gli art. 2, 24 e 113 cost., in quanto il diverso trattamento fra la posizione di diritto soggettivo e quella di interesse legittimo si ricollega all'obiettivo diversità di struttura e funzione dell'una e dell'altra».

⁹¹ L'art. 7, l. n. 205/2000 ha così sostituito il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034: «Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali», poi confluito nell'art. 7, comma 4, del codice del processo amministrativo (Decreto legislativo, 02.07.2010, n° 104) che dispone: «4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma».

⁹² Cfr. M. ABBRUZZESE, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno da atto illegittimo*, in *Nuova Rassegna*, n. 22/2000, 2370 ss.

per il riconoscimento del fondamento della sua pretesa ma non può rivolgersi direttamente al funzionario responsabile.

Né pare percorribile la strada di un immediato accesso alla giurisdizione civile per il riconoscimento del risarcimento del danno da parte del funzionario, stante la riserva a favore del giudice amministrativo.

Mentre la novella in esame ha risolto la questione relativa al risarcimento del danno in caso di lesione di diritti ed interessi legittimi, è rimasta irrisolta, invece, quella connessa al risarcimento nel caso in cui la posizione lesa del privato non assurga a dignità di interesse legittimo, consistendo nel c.d. interesse semplice⁹³.

Particolare attenzione merita l'ipotesi in cui il partecipante ad una gara pubblica, a seguito della esclusione dalla stessa, impugnò gli atti ed, in particolare, l'intervenuta definitiva aggiudicazione in favore di un altro soggetto.

In tale circostanza la giurisprudenza riconosce in capo all'escluso un interesse di tipo pretensivo (in quanto "*certat de lucro captando*"), non immediatamente inquadrabile come pretesa all'aggiudicazione⁹⁴, ma piuttosto come pretesa alla rinnovazione degli atti di gara, con riferimento non tante alla situazione sottostante (ossia il bene della vita) ma all'attività richiesta all'amministrazione. Del resto, anche la giurisprudenza ha precisato che oggetto dell'interesse legittimo «non è infatti il bene della vita, ma l'attività e il comportamento dell'amministrazione, che non sono collegati funzionalmente al solo soddisfacimento della pretesa di chi attiva lo strumento dell'interesse legittimo tutte le volte in cui, a fronte della posizione sostanziale sottostante, si ponga l'attribuzione di una potestà»⁹⁵.

Nelle ipotesi in cui l'opera, il servizio o la fornitura appaltata, siano stati già eseguiti, non essendo possibile la reintegrazione in forma specifica, il privato avrà

⁹³ Così C. App. Genova 15 gennaio 1958, secondo cui «*Nei casi [...] in cui le norme che si dicono violate sono poste nell'interesse pubblico a guida dell'amministrazione nella sua attività e concernono i criteri dell'azione di essa (norme d'azione), l'interesse del privato nei confronti della p.a., avendo protezione solo indiretta e riflessa, non può assurgere a dignità di diritto soggettivo, ma si confonde con quello della collettività (interesse semplice) e solo in determinati casi assume la consistenza di interesse legittimo della cui violazione non è però competente il giudice ordinario, ma quello amministrativo*». Nello stesso senso sostanzialmente Trib.Genova 30 aprile 1963. Interessante è anche la giurisprudenza in materia di esercizio della vigilanza sulle imprese private da parte della CONSOB e della Banca d'Italia, nella specie del Banco Ambrosiano. Con sentenza del 9 gennaio 1986, il Tribunale di Milano respinse la domanda proposta da alcuni risparmiatori per il risarcimento dei danni derivanti dall'insolvenza del Banco Ambrosiano ed avente a fondamento l'asserita carente vigilanza da parte degli organismi di controllo. Il Tribunale dichiarò il difetto di giurisdizione, in quanto la concorrente vigilanza della CONSOB e della Banca d'Italia sulle società esercenti attività bancaria con titoli quotati in borsa è volta alla tutela di un interesse generale cui «*corrisponde un interesse privato che non assurge a dignità di diritto soggettivo, e la cui denunciata lesione non è quindi in alcun modo tutelabile, agli invocati fini risarcitori, del giudice ordinario*».

⁹⁴ V. Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana 13 ottobre 1998 n. 618; TAR Puglia, sez. I, n. 1254/1999, ove si afferma che l'interesse all'impugnazione non sorge solo in caso di dimostrata aggiudicabilità in proprio favore.

⁹⁵ V. TAR Lazio, sez. I, 23 novembre 1999, n. 2838.

diritto alla reintegrazione patrimoniale derivante dai danni emergenti sopportati, come le spese di partecipazione alla gara, ed al lucro cessante, consistente nella perdita di *chances*, intesa come vanificazione, in conseguenza del fatto del terzo, della possibilità concretamente sussistente al momento della verifica dell'evento lesivo di conseguire un risultato utile o più precisamente di utilizzare il mancato ampliamento della propria sfera giuridica quale patrimonio economicamente valutabile. Difatti, anche la *chance* è un bene patrimoniale attualmente presente nel patrimonio del soggetto e, dunque, reintegrabile per equivalente, sempre che risulti fondata in senso sostanziale la pretesa del ricorrente e venga accertata l'esistenza di un fatto illecito, un danno e un nesso di causalità tra il fatto e il danno lamentato⁹⁶. Quest'ultimo elemento del nesso eziologico si riscontra in realtà solo in coincidenza di una potestà vincolata; infatti non è facile dimostrare che il rinnovato esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, a seguito di annullamento di un provvedimento ritenuto illegittimo, avrebbe consentito l'ampliamento della sfera giuridica del richiedente⁹⁷.

Come è noto, il rapporto eziologico si fonda sia sul principio di causalità materiale tra condotta ed evento lesivo che su quello di causalità efficiente, per cui la causa sufficiente da sola a produrre l'evento interrompe il nesso di causalità tra questa e le concause antecedenti facendole degradare al rango di mere occasioni dell'evento.

Ebbene, nel campo in esame è estremamente rilevante tale esclusione, in quanto gran parte dell'azione del funzionario si inserisce nell'ambito di procedimenti articolati in svariati atti ed operazioni, ciascuno dei quali contribuisce al risultato finale, che può essere dannoso.

⁹⁶ V. TAR Puglia, Lecce, sez. I, n. 1029/1999: il ricorso nasceva dall'omessa pronuncia dell'amministrazione, a seguito di un parere favorevole della C.E.C. di cui i ricorrenti non avevano avuto notizia e che, evidenziando la necessità di integrazione progettuale, avrebbe consentito, se portato a tempestiva conoscenza degli interessati, di adeguare il progetto e così ottenere la concessione a edificare; proprio la mancata conoscenza del parere, imputabile, secondo la prospettazione di parte attrice, all'amministrazione, aveva invece impedito il rilascio del provvedimento ampliativo e, per l'effetto, della modifica degli indici di zona, nelle more intervenute, la mancata concessione; il giudice adito, mentre ha riconosciuto fondata nel merito la pretesa ad edificare, in concreto non più possibile per intervenuto mutamento degli strumenti urbanistici, non ha poi accolto la domanda di risarcimento per mancanza di colpa nell'amministrazione inadempiente.

⁹⁷ In caso di interessi pretensivi, il ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento della gara avrà diritto anche al risarcimento, solo se è in condizione di dimostrare che si sarebbe aggiudicata la gara e sempre che l'annullamento non consenta la reintegrazione in forma specifica. Così TAR Campania, Napoli, 6 settembre 1999, n. 2267, che ha affermato sul punto «La domanda di condanna [...] al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente [...] deve [...] respingersi in relazione al soddisfacimento diretto e pieno della pretesa fatta valere dall'impresa ricorrente, che potrà discendere dalla corretta ripetizione del procedimento alla stregua della norma agendi definita nella presente sentenza». In linea di massima, la prova dell'aggiudicazione a proprio favore della gara è semplice in caso di licitazione o appalto da aggiudicarsi al prezzo più basso, ma è difficile in caso di appalto ad offerte economicamente più vantaggiose, non agevolmente trasfondibile in una simulazione *ex post*.

L'art. 2043 c.c. richiede, inoltre, l'elemento psicologico nell'autore dell'illecito, consistente nella colpa e nel dolo, mentre il citato art. 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 limita la responsabilità verso i terzi del funzionario al dolo e alla colpa grave.

Tuttavia, se per aversi responsabilità del funzionario è necessaria la sussistenza della coscienza della compiuta illegalità, su cui fondare eventualmente il dolo o la colpa grave, tale coscienza non è, invece, richiesta per l'amministrazione⁹⁸ che risponde anche per violazioni di leggi o della regola di comune prudenza, a prescindere da tale conoscenza o dalla prova della stessa.

L'elemento psicologico deve essere specificamente accertato con riguardo ai danni provocati sia con atti giuridici che con operazioni materiali⁹⁹.

Tradizionalmente, in riferimento alla responsabilità dell'amministrazione, si è affermata l'idea secondo cui la colpevolezza si presumerebbe ogni qual volta sia stata violata una norma giuridica che gli organi amministrativi sono obbligati a rispettare¹⁰⁰.

A sostegno di tale impostazione si valorizzava l'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, che limita i poteri del giudice ordinario alla conoscenza degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio; e siccome quest'ultimo è costituito dal risarcimento del danno provocato, non sarebbe possibile per il giudice stabilire tale obbligo riparatorio se non sulla base dell'elemento oggettivo dell'illegittimità dell'atto¹⁰¹.

La posizione presta il fianco a facili critiche, poiché l'atto può essere compiuto senza dolo o colpa, ad esempio per errore scusabile¹⁰², sì da non poter essere

⁹⁸ V. Cass. civ., 24 maggio 1991, n. 5883; 22 ottobre 1984, n. 5361.

⁹⁹ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 643 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883, secondo cui: «Per ottenere l'affermazione di responsabilità civile della pubblica amministrazione, in presenza di un'attività provvedimento illegittima, l'attore non è tenuto a dimostrare un comportamento colposo del singolo funzionario, dal momento che la sussistenza della colpa dell'ente pubblico e, di per sé, ravvisabile nella violazione della norma consapevolmente operata con l'emanazione o con l'esecuzione dell'atto amministrativo».

¹⁰¹ Cfr. in dottrina M. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 825 e ss. In giurisprudenza Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1959, n. 1329.

¹⁰² V. Cass. civ., 1 dicembre 1992, n. 12839, secondo cui non v'è ragione di non considerare anche in questo campo un errore scusabile, quale ad es. l'erronea interpretazione di una norma semprecché riconducibile ad un'oggettiva oscurità attestata eventualmente da persistenti contrasti ermeneutici. Naturalmente dell'errore scusabile beneficerà anche l'amministrazione nel cui nome ha agito il funzionario.

Cass. civ., sez. I, 1° dicembre 1992, n. 12839: «Con riguardo alle responsabilità della p.a. per i danni prodotti da un atto amministrativo illegittimo, non può prescindere – come con riguardo alle responsabilità di altri soggetti dell'ordinamento – dal requisito soggettivo della medesima e non può quindi escludersi la rilevanza dell'errore scusabile – che, se incidente sull'interpretazione della legge, può considerarsi tale solo se riconducibile ad oggettiva oscurità (attestata eventualmente da persistenti contrasti ermeneutici) della norma violata o altrimenti inevitabile – commesso dalla persona fisica dell'organo autore dell'atto: errore del quale non può beneficiare l'amministrazione, che attraverso i propri funzionari agisce e decide».

considerato quale illecito: ne consegue che è ipotizzabile un atto illegittimo, che non costituisce illecito¹⁰³.

Per la giurisprudenza ormai prevalente è sempre necessario accertare il dolo o almeno la colpa sia del funzionario che dell'amministrazione, che può essere sia generica che specifica.

Quest'ultima, infatti, può consistere, da un lato, nella trasgressione delle regole di comune prudenza e diligenza, che devono presiedere ad ogni attività umana, sì da porre in essere un'attività giuridica ovvero un'operazione materiale formalmente legittima, ma imprudente o negligente; dall'altro, nella violazione di leggi o regolamenti alla cui osservanza la stessa amministrazione è tenuta, anche e soprattutto nell'emettere provvedimenti amministrativi¹⁰⁴.

La giurisprudenza a volte richiede che il danneggiato fornisca la prova puntuale del dolo o della colpa del funzionario e, quindi, conseguentemente, dell'amministrazione¹⁰⁵. In alcune ipotesi ritiene soddisfatto tale requisito, per quanto riguarda almeno l'amministrazione, dalla circostanza oggettiva della violazione del-

¹⁰³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 788 ss.

¹⁰⁴ V. Cass. civ., sez. I, 29 agosto 1998, n. 8659: «*Ai fini della risarcibilità del danno ingiusto causato dalla p.a. ad un privato a seguito dell'emissione di un provvedimento illegittimo e della relativa esecuzione, è necessaria la presenza dell'elemento soggettivo, ma non è anche richiesta la prova della colpa dei singoli funzionari, essendo sufficiente la prova della violazione delle regole di comune prudenza, ovvero di leggi o di regolamenti alla cui osservanza la stessa p.a. è vincolata*».

Cass. civ., sez. III, 6 aprile 1998, n. 3553: «*Sussiste la responsabilità risarcitoria della p.a. se essa, nell'esercizio del suo potere di emettere provvedimenti, viola le leggi o i regolamenti (colpa specifica), ovvero le regole di comune prudenza (colpa generica), da valutare in relazione al caso concreto. (Nella specie vertevasi in ipotesi di danno alla reputazione di una impresa, cagionato dall'ordinanza del Ministero della sanità, emessa e pubblicata sulla G.U. nell'esercizio del potere sanzionatorio di cui all'art. 16 l. 30 aprile 1962 n. 283, contenente l'elenco delle imprese produttrici di vino con contenuto di alcool superiore al consentito, provvedimento emesso senza aver provveduto, in via diretta ed autonoma ad analizzare il prodotto – compito riservato all'amministrazione sanitaria dall'art. 1 legge citata, che perciò la qualifica quale agente tecnico – ma avvalendosi delle analisi disposte dall'autorità giudiziaria, che lo aveva quindi sequestrato, rivelatesi successivamente erronee, sì che, con altra ordinanza, anch'essa pubblicata sulla G.U., il Ministero della sanità aveva poi depennato il nominativo di quell'impresa)*».

Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 1997, n. 13021: «*Il diritto del privato al risarcimento del danno patrimoniale conseguenziale ad un atto amministrativo illegittimo, previo annullamento di esso da parte del giudice amministrativo, non postula la prova della colpa della p.a., di per sé ravvisabile nella violazione di legge con l'emissione e l'esecuzione dell'atto medesimo, senza che tale colpa possa ritenersi esclusa neppure nell'ipotesi di asserita oscurità della norma violata*».

¹⁰⁵ V. Cass. civ., 29 maggio 1971, n. 1602; Cass. civ., sez. I, 29 giugno 1981, n. 4204: «*In ipotesi di lesione di un diritto soggettivo derivante da un atto amministrativo dichiarato illegittimo, per potersi affermare la responsabilità della pubblica amministrazione a norma dell'art. 2043 c.c. e quindi il diritto del danneggiato al risarcimento del danno non è sufficiente la volontaria emanazione dell'atto, ma è necessario che il danneggiato stesso fornisca la prova che l'atto è stato posto in essere con dolo o con colpa*»; e ancora tale decisine precisa che: «*La sola illegittimità di un atto amministrativo, ancorché lesivo di un diritto soggettivo del privato, non è sufficiente per far sorgere l'obbligo risarcitorio della p.a., ove non si accerti anche l'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'entes*».

la disposizione normativa consapevolmente operata con l'emissione o con l'attuazione dell'atto amministrativo¹⁰⁶, senza che si debba ricercare la colpa del funzionario autore del fatto¹⁰⁷.

Indubbiamente prevale il primo orientamento, allorchando si tratti di un danno provocato da un comportamento materiale del funzionario, non correlato ad un provvedimento amministrativo¹⁰⁸ o consistente in un'attività di mera attuazione di un deliberato dell'amministrazione, dato che non comporta il sindacato sulla discrezionalità amministrativa nell'adozione del provvedimento stesso¹⁰⁹.

Dunque, il concetto di colpa trova una limitazione rispetto alla generalità delle ipotesi, in cui anche la negligenza, l'imperizia e l'imprudenza nella scelta del mezzo per il soddisfacimento di un interesse da parte del privato costituisce colpa accertabile dal giudice.

Nei confronti dell'amministrazione, invece, la colpa non può giocare se non nel campo dell'attività tecnica susseguente alla scelta discrezionale, nel senso che essa rileva solo come negligenza, imprudenza ed imperizia che si estrinsecano nel concreto funzionamento del mezzo discrezionalmente prescelto, sì da ridondare in uso anormale e difettoso del mezzo scelto.

Un'eccezione si rinviene nel caso in cui la responsabilità del funzionario e dell'amministrazione dipenda dalla mancata vigilanza su persone sottoposte: si pensi all'ipotesi del minore che subisce un danno mentre è affidato all'insegnante¹¹⁰.

Nell'impossibilità di potersi riferire all'atteggiamento psicologico del funzionario, la rilevanza di una colpa dell'amministrazione può essere costruita soltanto sulla base di una concezione obiettiva o normativa della colpa stessa, che tenga presenti, oltre ai comuni criteri che servono a valutare la colpa dei soggetti privati, anche e soprattutto le c.d. norme d'azione, cioè le regole di condotta poste all'autorità amministrativa.

Infatti, se la colpa è assenza di diligenza secondo criteri di valutazione della azione, assumono in tal senso rilevanza tutte le regole, comprese quelle giuridi-

¹⁰⁶ V. Cass. civ., 22 ottobre 1984, n. 5361.

¹⁰⁷ V. Cass. civ., sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883: «Per ottenere l'affermazione di responsabilità civile della pubblica amministrazione, in presenza di un'attività provvedimentale illegittima, l'attore non è tenuto a dimostrare un comportamento colposo del singolo funzionario, dal momento che la sussistenza della colpa dell'ente pubblico e, di per sé, ravvisabile nella violazione della norma consapevolmente operata con l'emanazione o con l'esecuzione dell'atto amministrativo».

¹⁰⁸ V. Cass. civ., 2 maggio 1967, n. 814; Cass. civ., 29 ottobre 1968, n. 3612.

¹⁰⁹ V. Cass. civ., 8 settembre 1972, n. 2288.

¹¹⁰ V. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 1998, n. 6331: «Il fatto che il minore abbia subito un danno nel periodo di tempo in cui era stato affidato all'insegnante, pone a carico di quest'ultimo una presunzione di omesso rispetto dell'obbligo di vigilanza, imposto dall'art. 2048 c.c. Nel giudizio di risarcimento il danneggiato non ha pertanto l'onere di provare la causa del danno, mentre è onere dell'insegnante – o dell'amministrazione dalla quale questi dipenda – per andare esente da responsabilità, provare di avere adempiuto l'obbligo di sorveglianza con una diligenza idonea ad impedire il fatto».

che, che consentono la valutazione della diligenza rispetto ad un fatto determinato.

Chiarimenti sul punto si rinvengono nella nota sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, secondo cui, in tema di responsabilità civile dell'amministrazione, «l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza ed imperizia), ma della P.A. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

La concorrente responsabilità dell'amministrazione è da escludersi sia nei casi in cui i funzionari svolgano un'attività completamente estranea ai loro compiti istituzionali che nelle ipotesi in cui non si tratti di funzionari in senso proprio per essere i soggetti agenti organi indiretti dell'amministrazione, quali i concessionari di pubblici servizi o appaltatori di opere pubbliche.

Tali soggetti non si immedesimano nell'organizzazione amministrativa, per cui non riferiscono la loro azione all'amministrazione, ancorché sia rivolta a soddisfare interessi pubblici.

Tuttavia, si riconoscono ad essi le eventuali limitazioni di responsabilità stabilite dalla legge a favore delle amministrazioni pubbliche nella gestione dei medesimi servizi oggetto di concessione¹¹¹.

Nel caso di concessione per la realizzazione di opere pubbliche, l'appaltatore o il concessionario possono essere chiamati a rispondere in via concorrente con l'amministrazione, nei limiti dei vizi di esecuzione dell'opera e dei vizi di progettazione cui lo stesso fosse in grado di ovviare¹¹².

¹¹¹ V. Cass. civ., sez. III, 26 novembre 1979, n. 6197: «*Il provvedimento dell'amministrazione pubblica che affida ad un privato il servizio del trasporto di pacchi e colli di peso inferiore a 20 Kg. e di esclusiva e spettanza dello Stato, è un provvedimento di concessione che, ancorché qualificato come autorizzazione, rende applicabili al trasportatore le limitazioni di responsabilità stabilite per legge a favore dell'amministrazione pubblica*».

¹¹² V. Cassazione civile, sez. un., 4 dicembre 1984, n. 6347: «*Nel caso di occupazione abusiva ed irreversibile acquisizione del fondo privato nella realizzazione di opera pubblica l'appaltatore dell'opera medesima, se non può essere coinvolto nella responsabilità risarcitoria verso il proprietario di detto fondo, per il danno derivante dalla perdita della disponibilità e poi del diritto dominicale sul bene, che resta a carico dell'amministrazione committente, deve ritenersi obbligato al ristoro dei danni ulteriori e diversi che siano provocati da suo fatto colposo, quali i danni che altri fondi di detto privato abbiano subito per vizi di esecuzione dell'opera, od anche per vizi di progettazione cui l'appaltatore stesso fosse in grado di ovviare*».

6. La responsabilità nella sanità pubblica

Particolare attenzione merita la questione della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica nell'ambito del più ampio *genus* della cd. responsabilità professionale¹¹³, cui si applicano i principi fissati per l'esercizio della professione medica ed, in particolare, per la responsabilità contrattuale del medico verso i pazienti¹¹⁴, anche se non si è mancato di valorizzare i

¹¹³ La responsabilità professionale consegue all'inadempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, in cui rientra non solo quella espletata dai professionisti intellettuali, ma qualsiasi attività esercitata in forma non occasionale, allo scopo di ricavarne un utile. L'esercizio di un'attività professionale postula una diligenza adempitiva superiore a quella ordinaria, da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività professionale esercitata *ex art.* 1176 c.c., comma 2, c.c. Infatti, in luogo della generica diligenza del buon padre di famiglia *ex art.* 1176 c.c., comma 1, si richiede una diligenza qualificata dall'osservanza di apposite regole e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività esercitata. La diligenza qualificata costituisce, pertanto, il parametro alla luce del quale valutare l'adempimento del debitore. In altri termini tale diligenza costituisce sia il criterio di determinazione del contenuto della prestazione dovuta che la misura della correlata responsabilità, calibrata sulla natura dell'attività esercitata.

Inoltre, quella medica è una professione c.d. protetta, per la quale, cioè, è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato (art. 348 cod. pen.).

Troppo ampia la giurisprudenza sulla diligenza qualificata per essere richiamata in maniera esaustiva in questa sede. Si veda ad es. Cass. civ., sez. III, 24 settembre 1997, n. 9374: «*Nel caso in cui dall'esecuzione, ancorché prudente, diligente e tecnicamente corretta, di un intervento chirurgico o di un accertamento diagnostico invasivo, derivi un danno o addirittura la morte del paziente, non informato dai medici, (nella specie dipendenti da azienda ospedaliera) dei rischi gravi per la vita o l'incolumità fisica a cui poteva andare incontro, al fine di prestare il necessario consenso a procedervi, sussiste la responsabilità dell'ente, anche nel caso che non sia stato individuato il medico a cui incombeva tale obbligo*».

Sull'errore medico cfr. ad es. Cass. civ., sez. III, 5 gennaio 1979, n. 31: «*L'art. 28 cost. sancisce, in tema di fatto illecito commesso dal funzionario o dipendente di un ente pubblico, la responsabilità personale del medesimo funzionario o dipendente e, in solido, la responsabilità dell'ente, che ha natura diretta in virtù del rapporto organico, immedesimante l'attività dei funzionari o dipendenti con quella dell'ente, e che viene meno soltanto se la persona fisica abbia agito con dolo, ovvero perseguendo un fine personale ed egoistico, si che la sua attività debba ritenere estranea alla persona giuridica*». (Nella specie la Corte ha confermato la sentenza del merito, che aveva accolto la domanda proposta contro un ente ospedaliero, di risarcimento dei danni subiti da un paziente per errore del medico dipendente dall'ente, nonché la domanda di rivalsa, proposta dall'ente stesso contro il medico).

¹¹⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondamenti e problemi della responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano 1982, 77 ss.

Cass. civ., 3 marzo 1995, n. 2466, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 91 ss. V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova 1994, 2 ss. C. CASTRINUOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, V Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano 1998, 117 ss.

In giurisprudenza è stata affermata stentoreamente la natura contrattuale di tale responsabilità, cfr. ad es. Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12233, secondo cui «*In caso di danno alla persona causato dall'imperizia del medico, dipendente di un ente ospedaliero gestore di un servizio pubblico, sia il medico che l'ente ospedaliero rispondono nei confronti del danneggiato a titolo di respon-*

doveri istituzionali dell'amministrazione per ipotizzare una concorrenza con la responsabilità extracontrattuale¹¹⁵.

Quest'ultimo orientamento sembra ispirarsi agli ordinamenti dell'area del *common law*, ove si inquadra tutta la responsabilità civile del medico nell'illecito aquiliano (*torts*), a differenza dei Paesi dell'area del *civil law*, nei quali essa si riconduce nella responsabilità contrattuale¹¹⁶, in virtù di un contratto atipico di locazione di opera¹¹⁷.

Ma anche in tali ultimi ordinamenti si finisce per inquadrare, seppur argomentando diversamente, come extracontrattuale la responsabilità dell'ospedale pubblico verso il paziente, facendo ricorso ad esempio in Francia alla nozione di

sabilità contrattuale». Similmente la giurisprudenza ha affermato che: «*La responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico fra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale. Ne consegue che la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nell'organizzazione del servizio, sono disciplinate, in via analogica, dalle norme che regolano la responsabilità professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, senza che possa trovare applicazione, nei confronti del medico, la normativa prevista dagli art. 22 e 23 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini*», così Cass. civ., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7336. Nello stesso senso cfr. Cass. civ., sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152; Cass. civ., sez. III, 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. civ., sez. III, 1 marzo 1988, n. 2144.

¹¹⁵ V. Cass. civ., sez. III, 4 agosto 1987, n. 6707: «*Con riguardo all'obbligazione istituzionale primaria dell'ente ospedaliero di cura delle persone ricoverate (o presentate al pronto soccorso) la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo (art. 32, comma 1, cost. ed art. 1 l. 23 dicembre 1978 n. 833) non si esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche, chirurgiche, generali e specialistiche (già prescritte dall'art. 2, l. 12 febbraio 1968 n. 132), ma include la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela che siano destinatarie dell'assistenza ospedaliera, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale e, talora, massima della cura. Ne consegue che nel caso di rapimento e scomparsa di un neonato dal reparto di un ente ospedaliero, che risulti determinato da omissione di vigilanza o custodia nel nido o reparto in cui si trovava ricoverato, la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione non può essere esclusa sotto il profilo della mancanza di specifiche disposizioni che impongano e regolino detta vigilanza o custodia, tenuto conto che il dovere di curare l'assistito implica necessariamente l'adozione delle misure necessarie alla protezione della persona ed alla tutela dei suoi diritti primari*».

¹¹⁶ V. Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589. In dottrina cfr. A. DE VITA, *La responsabilità medica come responsabilità "speciale" nel sistema francese*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 64-67, il quale precisa che «*Le ipotesi di responsabilità aquiliana in materia rimangono marginali ed eccezionali-ricordiamo rapidamente il caso di nullità del contratto segnatamente per illiceità dell'oggetto (sperimentazione pericolosa non giustificata da esigenze terapeutiche), o per mancanza di consenso del paziente. Analogamente nel caso di prestazione di cure su una persona inanimata o incosciente. Del pari siamo fuori dal campo contrattuale allorché il rapporto medico-paziente si instaura con i medici del lavoro o della previdenza sociale*».

¹¹⁷ Cfr. G. PASETTI, *Note sulla responsabilità del medico tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 82-83, in cui si sostiene che «*Si ha così una responsabilità come obbligazione di risultato, da parte dell'ente ospedaliero, e una responsabilità, viceversa, extracontrattuale del medico verso il paziente*».

“*faute de service*”¹¹⁸ e in Italia al diritto alla salute quale diritto costituzionalmente garantito ex art. 32 Cost.¹¹⁹, facendolo quindi rientrare nel regime “comune” della responsabilità del funzionario¹²⁰.

Giova premettere che la giurisprudenza, anche se in astratto ha sempre sostenuto l'applicabilità ai medici dipendenti ospedalieri della limitazione di cui all'art. 2236 c.c., secondo cui «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave»¹²¹, è stata piuttosto rigorosa nel giustificare erro-

¹¹⁸ Cfr. G. PASETTI, *Note sulla responsabilità del medico tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 83.

¹¹⁹ V. Cass. civ., sez. III, 4 agosto 1987, n. 6707. Si ricorda che la salute è l'unico diritto che la Costituzione espressamente qualifica come fondamentale: ne consegue la sua essenza di nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana [sul dibattito in assemblea costituente intorno all'aggettivo «fondamentale», v. *Seduta 24 aprile 1947, Atti Ass. cost.*, 3299]. Cfr. *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 320 ss. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 58 ss. M. LUCIANI, *Salute, I, Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, voce, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 1 ss. ID., *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 99 ss. C.E. GALLO, B. PEZZIN (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano 1998. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 1 ss. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.* 1961, 53 ss. M. COCCONI, in *Il diritto dalla tutela della salute*, Milano 1998.

¹²⁰ Per vero, in dottrina si è sottolineato che in Italia, nella differenziazione delle posizioni dell'ospedale e del sanitario, si finisce, in alcune ipotesi, per considerare contrattuale la responsabilità dell'ente e extracontrattuale quella del medico, in tal modo invertendo la natura delle rispettive responsabilità. Sul punto v. L. DI COSTANZO, *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti*, Napoli 1998; F. LAUDANTE, *Il sistema dei servizi per l'assistenza socio-sanitaria ai tossicodipendenti nella legislazione statale e regionale*, Padova 1999, 471 ss. La Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, ha sostenuto infatti: «L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico o soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c.». Pertanto, in caso di illecito penale compiuto dal medico ospedaliero, il regime della prescrizione previsto dall'art. 2947 c.c. trova applicazione anche all'ente ospedaliero. Per Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1989, n. 729: «L'art. 2947 c.c., quando fa coincidere il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno con il termine di prescrizione stabilito dalla legge penale, si riferisce, senza alcuna discriminazione, a tutti i possibili soggetti passivi della pretesa risarcitoria, e si applica, perciò, non solo all'azione civile esperibile contro la persona penalmente imputabile, ma anche all'azione civile contro coloro che sono tenuti al risarcimento a titolo di responsabilità indiretta». Nella specie, contro un ente ospedaliero per fatto illecito di un medico dipendente».

¹²¹ Vedasi per tutte: Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11743, secondo cui «Anche in pre-

ri medici¹²², anche quando operino in strutture pubbliche¹²³, determinando una sorta di inversione dell'onere della prova¹²⁴.

Prima di esaminare le novità legislative introdotte nel 2017, occorre ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione giurisprudenziale, specie della Suprema Corte di Cassazione¹²⁵, circa la definizione della natura giuridica della responsabilità del medico¹²⁶.

Le ragioni del mutamento della qualificazione giuridica della natura della re-

senza di responsabilità extracontrattuale del medico (nel caso, dipendente ospedaliero) si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. se la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

¹²² Cfr. P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 112, il quale precisa che: «in ogni caso, è facile accorgersi come limitazione tecnica di cui all'art. 2236 cod. civ. (responsabilità per colpa grave allorquando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) venga applicata dalle nostre Corti con estremo rigore: vale a dire che sfogliando i repertori di giurisprudenza [...], risultano appunto eccezionali le occasioni in cui è stato riconosciuto che il medico avesse incontrato, nel corso del suo operato, problemi tecnici di speciale difficoltà [...]».

¹²³ V. Cass. civ., 1° marzo 1988, n. 2144, in cui si esclude l'applicazione nel campo sanitario degli artt. 22 e 23 del d.P.R. 10 gennaio 1956, n. 3 (pur richiamati dall'art. 28 del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, sullo stato giuridico dei dipendenti delle USL), secondo cui l'impiegato dello Stato risponde dei danni provocati ai terzi, per comportamenti tenuti nell'esercizio delle funzioni, soltanto in caso di dolo o colpa grave. La Corte in particolare ha sottolineato che il medico, nonostante sia dipendente di una struttura sanitaria pubblica, non può, in ragione dell'attività svolta, venir parificato ad un ordinario funzionario ai quali siano assegnati meri incarichi amministrativi.

¹²⁴ Più precisamente, la giurisprudenza ha considerato il rapporto *de quo* come un contratto ad effetti protettivi nei confronti del paziente che si è affidato all'ente ospedaliero, con conseguente responsabilità anche per la violazione delle prestazioni accessorie. Cfr. P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 131, che ipotizza una sorta di responsabilità oggettiva del servizio ospedaliero, che può esimersi soltanto provando la completa estraneità di quel fatto rispetto al proprio ambito di attività. Sul punto si veda anche F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 433, che nota argutamente: «Anche in questo caso, attraverso una presunzione, si giunge alla creazione giudiziaria di regole di diritto capaci di modificare la fattispecie astratta di responsabilità. Dietro la parvenza di un'inversione dell'onere della prova sul punto della colpa, si giunge in sostanza a trasformare una obbligazione di mezzi in una obbligazione di risultato, cioè ad incidere sulla fattispecie legale modificandola».

¹²⁵ Relazione n. 102 del 21 Giugno 2013 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione.

¹²⁶ Cfr. F. AGNINO, *Intervento d'urgenza ad alto rischio e responsabilità del medico* (nota a Cass. Civ. Sez. III, 4609/2001), in *Danno e resp.* 2001, vol. I, 831; G.B. AGRIZZI, *La prova della responsabilità medica e la consulenza medico – legale d'ufficio*, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1999, f. 20, 581; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.* 1999, f. 20, 315; M. ANTINOZZI, *Considerazioni sulla responsabilità del professionista* (Cass. Civ., Sez. II, n. 4136/1983; Cass. Civ., Sez. II, n. 4245/83), in *Dir. e prat. assicur.* 1984, 406; ID., *Riflessi assicurativi della responsabilità del lavoro in equipe*, in *Dir. e prat. assicur.* 1982, 381; ID., *Responsabilità dell'avvocato verso il cliente per mancata impugnazione della sentenza di primo grado*, in *Dir. e prat. Assicur.* 1985, 307; ID., *Ulteriori considerazioni sulla responsabilità del professionista*, in *Dir. e prat. assicur.* 1989, 498.

sponsabilità medica vanno rinvenute nella maggiore sensibilità sviluppatasi nei confronti di tutti gli aspetti che concernono la tutela della persona e, in particolare, della salute, quale fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, come sancito dall'art. 32 Cost.¹²⁷.

In particolare si è passati da un sistema “a doppio binario” – nel quale cioè alla responsabilità della struttura sanitaria si riconosceva natura contrattuale, mentre quella del professionista si riconduceva in quella aquiliana – ad un sistema che, al contrario, si caratterizza per l'affermazione della natura contrattuale sia della responsabilità della casa di cura (pubblica o privata), sia di quella del professionista.

Come è noto, la responsabilità contrattuale sorge a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione già preesistente tra le parti, sicché a fronte del mancato o inesatto adempimento dipendente da cause imputabili al debitore, all'obbligazione originaria si sostituisce quella di risarcire il conseguente danno patito dal creditore. La responsabilità extracontrattuale consegue, invece, alla commissione di un fatto illecito lesivo della sfera giuridica altrui: in tal caso tra le parti non preesiste alcun legame obbligatorio, ma è dopo la commissione del fatto illecito che sorge l'obbligazione di risarcimento.

Diversi gli argomenti utilizzati dall'orientamento¹²⁸ che propendeva per la natura extracontrattuale della responsabilità del medico:

a) tra paziente ed ente ospedaliero si conclude un contratto d'opera professionale, che si perfeziona con l'accettazione del paziente nell'ospedale (ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale). Talune sentenze hanno definito tale rapporto contrattuale come contratto atipico di ospedalità, il cui oggetto consisterebbe in una prestazione complessa a favore dell'ammalato (prestazione di assistenza sanitaria) che non si esaurirebbe nella prestazione alle cure mediche, ma comporterebbe anche una serie di altre prestazioni¹²⁹: in base a tale contratto, sorgerebbe in capo all'ente l'obbligazione di compiere nei confronti del malato l'attività diagnostica e terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente in cura;

b) il medico, dipendente dell'ospedale, che provvede all'attività diagnostica e terapeutica, è estraneo al rapporto contrattuale tra ente e paziente ed agisce quale organo dell'ente ospedaliero;

c) la responsabilità del medico per il danno cagionato dall'errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale. Tale responsabilità può anche essere fonte di danno per i prossimi congiunti¹³⁰;

¹²⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli 1991, 325 ss.

¹²⁸ V. Cass. civ., sez. III, n. 2428/1990; Cass. civ., sez. III, n. 2750/1998.

¹²⁹ V. Tribunale di Verona, 4 ottobre 1990 n. 278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 361; in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c..

¹³⁰ V. Cass. civ., sez. III, n. 14040/2013.

d) l'extracontrattualità dell'illecito non osta all'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c., la cui *ratio*, volta a non paralizzare l'iniziativa del professionista, nei casi di particolare difficoltà, prescinde dalla qualificazione dell'illecito¹³¹.

Viceversa, l'orientamento opposto¹³², oggi prevalente, afferma la natura contrattuale della responsabilità anche del medico. In tale prospettiva, se la responsabilità del medico fosse da ricondursi all'ambito della responsabilità aquiliana, intesa come violazione dell'*alterum non laedere*, essa sarebbe configurabile solo allorché il paziente si trovasse, dopo l'intervento medico, in una situazione peggiore rispetto a quella pregressa, mentre resterebbero escluse tutte le ipotesi in cui l'intervento non abbia sortito alcun risultato positivo (risultato che, se si configura come dovuto nell'ambito del rapporto contrattuale, non altrettanto può dirsi tale al di fuori di esso)¹³³.

A sostegno di tale tesi si afferma che:

- a) tra l'ente ospedaliero ed il paziente si instaura un rapporto contrattuale;
- b) qualora, a causa della non diligente esecuzione della prestazione a carico dell'ente si cagioni un danno al malato, la responsabilità dell'ente è contrattuale e non extracontrattuale, poiché quest'ultima si configura solo quando non preesista tra danneggiante e danneggiato alcun rapporto giuridico, nel cui ambito venga svolta l'attività causativa del danno;
- c) la responsabilità dell'ente, inoltre, è diretta, dal momento che l'operato del medico è riferibile all'ente in virtù del principio di immedesimazione organica;
- d) per quel che concerne la responsabilità del medico, essa trova il riferimento normativo nell'art. 28 Cost.;
- e) poiché sia la responsabilità del medico, sia quella dell'ente hanno come radice comune la non diligente prestazione sanitaria del medico, la responsabilità del medico è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale contrattuale;
- f) stante la natura contrattuale della responsabilità del medico, è possibile applicare direttamente l'art. 2236 c.c.

Peraltro, la Suprema Corte¹³⁴ è giunta al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente, accogliendo la teoria, di origine germanica, del contratto con effetti protettivi a favore del terzo¹³⁵.

Segnatamente, in base a tale teoria, in alcuni contratti, accanto ed oltre al di-

¹³¹ V. Cass. civ., sez. III, n. 11440/1997.

¹³² V. Cass. civ., sez. III, n. 9085/2006; Cass. Civ., sez. III, n. 4152/1995; Cass. civ., sez. III, n. 5939/1993.

¹³³ In dottrina, sulla natura contrattuale della responsabilità medica, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2, vol. II, in *I contratti per l'esecuzione di opere o di servizi*, Padova 1990, 69; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.* 1990, 245.

¹³⁴ V. Cass. civ., sez. III, n. 11503/1993.

¹³⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 132 ss. e, più di recente, ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, 447.

ritto alla prestazione principale, sarebbe garantito e rimarrebbe esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Nel caso di inadempimento della prestazione accessoria (“di protezione”), sarebbe legittimato ad agire *ex contractu* non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale quella prestazione è posta. Si attribuirebbe, così, al terzo il diritto non già al conseguimento della prestazione principale, bensì alla sua diligente esecuzione, tale da evitargli danni, nonché la conseguente legittimazione all’azione risarcitoria per l’ipotesi di violazione di detto diritto. Tali profili sarebbero ravvisabili nel caso della prestazione sanitaria dovuta dal medico dipendente al paziente¹³⁶.

Si ricorda, infine, un terzo orientamento che si fonda sulla teoria del c.d. contratto sociale. La tesi, condivisa da parte della giurisprudenza di legittimità¹³⁷ muove dalla critica nei confronti dell’orientamento che sostiene la natura contrattuale della responsabilità sulla base di una medesima radice, che accomuna la responsabilità del medico a quella dell’ente. In particolar modo:

a) si contesta l’eshaustività del richiamo all’art. 28 Cost., norma che si limita a statuire la natura diretta della responsabilità del funzionario (in base alle leggi civili, penali ed amministrative), ma non si pronuncia circa la natura contrattuale o la extracontrattuale della stessa;

b) neppure pare utile, al fine della qualificazione dell’illecito, individuare la comune radice della responsabilità dell’ente e del medico nell’esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, poiché la natura della responsabilità andrebbe individuata non sulla base della condotta (negligente o meno) in concreto tenuta dall’agente, ma sulla base della natura del precetto violato;

¹³⁶ I supremi giudici hanno avuto modo in alcune pronunce di porre alcune interessanti precisazioni, osservando che «*Con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante l’ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì, ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza – qualsiasi possibile danno. Detto contratto, intercorso tra la partoriente e l’ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del nato, alla cui tutela tende quell’obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l’inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse*» (Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503); ed anche «*La tutela della salute, che rientra tra i compiti istituzionali primari degli enti ospedalieri, in relazione alle persone di minorata o nulla autotutela (nella specie, neonato), non si esaurisce nella mera prestazione delle cure medico-chirurgiche generali o specialistiche, ma comprende anche la protezione delle stesse persone; pertanto, quando la mancata predisposizione di una organizzazione volta a sopperire a tale compito abbia favorito il prodursi di un danno (nella specie, il rapimento del neonato dal nido ad opera di ignoti), va affermata la responsabilità dell’ente ospedaliero per la violazione dei suoi obblighi istituzionali*» (Cass. civ., sez. III, 4 agosto 1987, n. 6707).

¹³⁷ V. Cass. civ., sez. III, n. 589/1999; cfr., per un’applicazione di tale teorica all’attività bancaria, Cass. civ., sez. un., n. 14712/2007.

c) la stessa condotta potrebbe ben violare anche due (o più) precetti di diversa natura, contrattuale od extracontrattuale, dando luogo, così, ad un concorso di due diverse responsabilità;

d) se fosse pertanto ammissibile, nel nostro ordinamento, il concorso di due distinte responsabilità a carico del medesimo soggetto, a maggior ragione non potrebbe escludersi che uno stesso fatto (attività professionale del medico) integri una responsabilità contrattuale a carico di un soggetto (ente ospedaliero) ed una responsabilità extracontrattuale a carico di un altro soggetto, autore del fatto (medico);

e) il fatto che sia la responsabilità del medico sia quella dell'ente ospedaliero abbiano entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione non comporterebbe necessariamente che entrambe le responsabilità siano di natura contrattuale.

Secondo la Suprema Corte¹³⁸, l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero che dal medico dipendente, ma con sostanziali differenze:

a) l'ente ospedaliero è obbligato alla prestazione nei confronti del paziente in forza del contratto d'opera professionale tra loro sussistente;

b) il medico è tenuto a svolgere l'attività nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

La Cassazione, nella pronuncia in esame condivide, quel recente, e sempre più consistente, filone dottrinale, secondo il quale, nei confronti del medico ospedaliero, si configurerebbe una responsabilità contrattuale, in quanto sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa. Tale dottrina ha elaborato il concetto di "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale"¹³⁹.

La teoria del "contatto sociale" (*Haftung aus sozialem Kontakt*) si è sviluppata in Germania. Essa si pone in contrasto con il tradizionale sistema delle fonti delle obbligazioni, ancorato alla *summa divisio* contratto-torto e individua quale fonte autonoma di specifiche obbligazioni l'affidamento che un soggetto ripone in un altro a seguito di un contatto che fra loro si è creato.

Tra le fonti di obbligazioni non sono annoverate solo il contratto e il torto, ma anche l'affidamento.

Il fondamento normativo viene ravvisato, in Italia, nell'art. 1173 c.c., laddove prevede che le obbligazioni possano derivare anche da «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». L'affidamento nasce, per esempio, da un rapporto di fatto oppure da un contratto di lavoro nullo (artt.

¹³⁸ Cit.

¹³⁹ Per la dottrina italiana, si veda C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano 1997; ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit. 132 ss.

2126, comma 1 e 2332, comma 2, c.c.). Più in generale, nasce da qualsiasi contatto sociale in base al quale una parte, a seguito di atti e/o iniziative di un'altra, è indotta a ritenere sussistenti doveri e pretese di comportamento.

La categoria mette in luce la possibile dissociazione tra la fonte, individuata secondo lo schema dell'art. 1173 c.c. e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto.

Si ammette, inoltre, che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto, anche se tale contatto non riproduca le note ipotesi negoziali. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità extracontrattuale, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui.

Quando, invece, ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema tipico della responsabilità contrattuale.

Al medico, precisa il Supremo Collegio¹⁴⁰, non ci si limita a chiedere un *non facere*, cioè un puro rispetto della sfera giuridica altrui, ma quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento.

Per tale motivo, la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Pur non essendovi un contratto e, quindi, un obbligo di prestazione in capo al medico, la qualifica professionale di quest'ultimo si traduce in un obbligo di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in contatto con il medico.

L'esistenza di un contratto può rilevare solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria, salvo le ipotesi in cui essa è obbligatoria per legge (es.: art. 593 c.p.).

Qualora il medico non sia tenuto alla prestazione, il paziente non potrà pretendere alcunché ma, se il medico interviene (a prescindere dal fatto che fosse tenuto o meno ad intervenire e dal titolo in base al quale, in ipotesi, dovesse farlo), l'esercizio della sua attività non potrà avere contenuto diverso da quello che abbia come fonte un contratto tra paziente e medico.

A parte il profilo definitorio, conivdere l'una o l'altra posizione circa la natura della responsabilità del medico non è priva di rilievi sul piano pratico: si pensi alla differente disciplina in materia di onere della prova (nella responsabilità extracontrattuale la vittima deve provare la colpa del danneggiante mentre, in quella contrattuale, spetta al debitore provare la sua mancanza di colpa); di costituzione in mora (può essere necessaria in materia di inadempimento, non è necessaria, invece, in materia di illecito extracontrattuale); di danno risarcibile (l'illecito ex-

¹⁴⁰ Cit.

tracontrattuale obbliga a risarcire ogni danno che derivi dal fatto illecito, a differenza dell'inadempimento di un'obbligazione, che non dipenda da dolo del debitore, obbliga a risarcire solo il danno che poteva prevedersi quando è sorta l'obbligazione); di prescrizione (l'azione per il risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale si prescrive in cinque anni, quella per il risarcimento del danno da inadempimento, di regola, si prescrive in dieci).

In particolare, con riferimento all'onere probatorio, la giurisprudenza¹⁴¹ ha fatto applicazione, anche nel settore della responsabilità medica, del principio di riferibilità o di vicinanza della prova¹⁴², che muove dalla considerazione secondo cui il creditore incontrerebbe difficoltà insormontabili se dovesse provare di non aver ricevuto la prestazione, sicché l'onere della prova viene ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle loro rispettive sfere d'azione. Pertanto, appare coerente con la regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo della pretesa attorea, spetti al debitore convenuto, il quale deve, quindi, dare la prova positiva e diretta dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione.

Orbene, se alla responsabilità medica deve riconoscersi natura contrattuale, la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione, con la conseguenza che dell'incertezza sulla stessa si deve giovare il creditore, vale a dire il paziente, e non già il debitore, ossia il medico. Quanto all'elemento soggettivo, in giurisprudenza e in dottrina, è pacifica l'opinione secondo cui la responsabilità del medico chirurgo per i danni causati nell'esercizio della sua attività postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che deve essere valutato con riguardo alla natura dell'attività (art. 1176, comma 2, c.c.) e, in rapporto alla professione esercitata: in caso di professione medica la natura dell'attività implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Infatti, il medico chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., che impone il rispetto di tutte le regole connesse alla professione medica. La diligenza, pertanto, assume un duplice significato: è sia parametro d'imputazione del mancato adempimento, che criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Del resto, nella diligenza è ricondotta anche la perizia, da intendersi come conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

La riconducibilità della responsabilità del medico all'ambito contrattuale consente di fare diretta applicazione dell'art. 2236 c.c., in base al quale, se la presta-

¹⁴¹ V. Cass., civ., Sez. III, n. 4400/2004.

¹⁴² Per l'enunciazione di tale principio v. Cass. civ., SS.UU. n. 13533/2001.

zione implichi la soluzione di problemi di speciale difficoltà (che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica¹⁴³), il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o colpa grave. In dottrina e giurisprudenza è ormai condivisa l'opinione secondo cui tale limitazione della responsabilità attenga esclusivamente alla perizia, con l'esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

Per la giurisprudenza, la particolare complessità, che determina l'innalzamento della soglia di rilevanza della colpa, è da ravvisarsi nei casi non ancora studiati o sperimentati a sufficienza, ovvero nei quali manchi un dibattito con riferimento ai metodi terapeutici da seguire¹⁴⁴. In alternativa la valutazione della diligenza professionale deve essere adeguata alla specifica prestazione, dal momento che la condotta del medico va riferita al livello di pericolosità della situazione in cui si trova ad operare¹⁴⁵.

Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità medica implica, altresì, come anticipato, una diversa disciplina della prescrizione. Invero, non configurandosi l'evento lesivo come illecito aquiliano, bensì come inadempimento contrattuale, si applicherà la prescrizione ordinaria, di cui all'art. 2946 c.c., in luogo di quella quinquennale, prevista dall'art. 2947 c.c.

Con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, la giurisprudenza¹⁴⁶, pur uniformandosi, in un primo momento, alla nota pronuncia Franzese (Sezioni Unite Penali, n. 30328/2002), se ne è successivamente discostata, affermando che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e tempestivamente svolta, si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza, ma anche solo di ragionevole probabilità, dal momento che non è dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, certezze di sorta, ma solo semplici probabilità. Ove, dunque, il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specialmente qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti.

Ancora, la giurisprudenza ha precisato che la causalità civile può essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale¹⁴⁷.

Invero, il profilo della causalità assume rilievo anche nei casi in cui un pazien-

¹⁴³ V. Cass. civ., sez. III, n. 2334/2011; Cass. civ., sez. III, n. 4852/1999.

¹⁴⁴ V. Cass. civ., sez. III, n. 8845/1995.

¹⁴⁵ V. Cass. civ., sez. III, n. 24801/2013.

¹⁴⁶ V. Cass. civ., sez. III, n. 4400/2004.

¹⁴⁷ V. Cass. civ., sez. III, n. 21619/2007.

te abbia subito un danno a seguito di prestazioni ricevute da più medici: si pensi a colui che sia stato operato da un chirurgo e che sia stato trattato da altro medico prima e dopo l'intervento, il cui esito sia stato negativo. In proposito la giurisprudenza ha concluso che non sussiste la responsabilità medica se non v'è prova che il chirurgo abbia avuto la possibilità di conoscere e valutare l'attività del collega¹⁴⁸.

Sulla specifica responsabilità penale del medico è intervenuto il legislatore con l'art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012 (c.d. legge Balduzzi), come modificato in sede di conversione, ma di recente abrogato dalla l. 8 marzo 2017, n. 24. Nel dettaglio, l'art. 3, comma 1, citato ha così stabilito: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»¹⁴⁹.

Con la novella in analisi si era cercato di ridisciplinare la materia della responsabilità medica per disincentivare l'atteggiamento aggressivo, diffusosi negli ultimi anni, a carico delle strutture e del personale sanitario (si pensi alla promozione di numerosissime cause giudiziarie), nonché di diminuirne gli effetti nefasti sul bilancio pubblico¹⁵⁰ (*in primis* quello della medicina difensiva)¹⁵¹. Ma, tale disposizione ha posto numerosi interrogativi in ordine alla responsabilità del medico¹⁵², in parte superati dalla c.d. legge Gelli n. 24/2017, che ha rimodulato il si-

¹⁴⁸ V. Cass. pen., sez. IV, n. 43988/2013.

¹⁴⁹ Il testo originario così disponeva: «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale». Ebbene, nella legge di conversione si è cercato di ampliare l'ambito dell'intervento per un più efficace contrasto alla c.d. medicina difensiva fino a ricomprendervi la responsabilità penale.

¹⁵⁰ In particolare, con riferimento ai profili economici, cfr. F. NUTI, *Introduzione all'economia sanitaria e alla valutazione economica delle decisioni sanitarie*, Torino 1998, 8.

¹⁵¹ La legge cd. Balduzzi era intervenuta per far fronte alla necessità di una specifica disciplina della materia vista la giurisprudenza ormai orientata alla tutela del paziente danneggiato con le note conseguenze quale la reazione difensiva della classe medica che si traduce nelle scelte motivate non esclusivamente nell'interesse del paziente, in passato ritenuto invece valore assoluto e incondizionato. Si pensi a condotte tendenzialmente omissive per situazioni molto a rischio, al ricorso a trattamenti non necessari se non in funzione di una paventata linea difensiva, ma comportanti dei costi per il servizio sanitario, con conseguenti ricadute sulla tenuta economica del sistema e sulla garanzia assicurativa.

¹⁵² In particolare, la norma parrebbe incidere direttamente sulla responsabilità penale (escludendola per i casi di colpa lieve), ed indirettamente su quella civile, stabilendo che:

a) la responsabilità civile non viene meno nel caso in cui sia esclusa quella penale per colpa lieve;
b) tuttavia il giudice deve "tenere debitamente conto" del fatto che il medico sia stato ossequio-

so delle *guidelines* generalmente condivise dalla comunità scientifica “anche nella determinazione del risarcimento del danno”.

Sul piano della responsabilità penale, la S.C. è intervenuta con la sentenza della sez. 4, n. 11493 del 24 gennaio 2013, secondo cui l'esonero di colpa di cui all'art. 3 d.l. n. 158/2012 «opera soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, ma non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imperizia»; e con la sentenza della sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, con cui ha ribadito che l'art. 3 cit. è una norma abrogatrice della responsabilità penale del medico per colpa lieve.

Sul piano civile, invece, non si registrano interventi della S.C., mentre intenso è stato sinora il dibattito in dottrina e tra i giudici di merito. Questo dibattito scaturisce da quattro dubbi interpretativi che la nuova norma ha posto agli interpreti.

Il primo problema posto dall'art. 3, d.l. n. 158/2012, è il richiamo, in esso contenuto, alla responsabilità sanitaria “di cui all'art. 2043 c.c.”. È noto, infatti, che dalla sentenza n. 589/1999 la Corte di cassazione ritiene che la responsabilità del medico sia soggetta alle regole della colpa contrattuale, di cui agli artt. 1218 ss. c.c. Oggi il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3, d.l. n. 158/2012 parrebbe rendere non più sostenibile l'orientamento tradizionale ed ha già suscitato contrasti tra i giudici di merito.

Secondo un primo orientamento, infatti, si deve presumere che il legislatore quando scrive le norme sia “consapevole” dello stato del diritto vivente: se, quindi, l'art. 3, d.l. n. 158/2012, fa riferimento alla responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. vuol dire che il legislatore ha consapevolmente inteso qualificare la natura aquiliana della colpa medica (ovviamente, nel caso di medici pubblici dipendenti). In tal senso si sono pronunciati Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, e Trib. Torino sez. IV civ., 14 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 4, pp. 373-375 con nota di V. Carbone. In senso esattamente contrario, invece, Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, n. 196 ha ritenuto che la nuova norma nulla abbia innovato circa l'applicabilità ai casi di colpa medica delle regole di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.

In questo senso si è espressa anche la Terza Sezione della S.C. (Cass., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, nel punto 8.1 dei “Motivi della decisione”, secondo cui le novità legislative introdotte con il d.l. n. 158/2012 hanno modificato la responsabilità penale del medico ma non quella civile. Quest'ultima, infatti, anche se si tratta di un mero *obiter dictum*, «segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale».

Il secondo problema è rappresentato dal senso da attribuire all'espressione secondo cui il medico che ha rispettato le linee-guida non risponde del danno se versa in colpa lieve.

Se, infatti, il sanitario si è attenuto alle *leges artis* acquisite alla scienza ed alla pratica, nessun rimprovero gli si potrà muovere: né a titolo di colpa lieve, né di colpa grave. Pertanto, è assai arduo immaginare come e quando un medico, pur avendo rispettato le regole scientifiche e della buona pratica clinica, possa essere ritenuto in colpa, ancorché lieve.

La nuova norma perciò rischia di non avere alcun contenuto precettivo concreto, posto che da molti anni la S.C., chiamata a stabilire quando un medico possa ritenersi “negligente”, ai sensi dell'art. 1176 c.c., viene ripetendo che la speciale diligenza esigibile dal medico “comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica”, e che pertanto il rispetto delle “linee-guida”, da un lato, e la negligenza colposa, dall'altro, sono concetti tra loro del tutto antitetici ed inconciliabili.

Il terzo problema sollevato dall'art. 3, d.l. n. 158/2012, ha ad oggetto la necessità di stabilire quando talune linee-guida possano ritenersi “accreditate”, per usare le parole del decreto, dalla comunità scientifica. Se in molti casi non potranno esservi dubbi (ad es., la tecnica esecutiva di una appendicectomia o di un parto cesareo non danno luogo a contrasti nella scienza clinica), è tuttavia vero che la medicina è divisa da contrasti teorici non minori di quelli che travagliano i giuristi. In questi casi il giudice dovrà accertare se le linee-guida seguite dal medico della cui responsabilità si

stema delle responsabilità professionali degli esercenti le professioni sanitarie, prendendo posizione su una serie di questioni, cercando di offrire soluzioni a lungo termine e prendendo coscienza della dimensione del problema che oggi sovrasta il sistema sanitario nazionale in merito all'assistenza globalmente intesa, sia nel relativo esercizio che nei costi.

Il testo normativo offre moltissimi spunti di riflessione. In sintesi, l'art. 1 riconosce il diritto alla sicurezza delle cure: posizione soggettiva «costitutiva del diritto alla salute» sancito nell'art. 32 Cost. e «perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività». Ne consegue che il diritto alla sicurezza delle prestazioni sanitarie è sancito quale bene di portata costituzionale.

La norma prescrive, inoltre, che tale garanzia debba essere assicurata attraverso gli strumenti di prevenzione e gestione del rischio sanitario, connesso all'appropriato utilizzo delle risorse a disposizione. Il profilo della prevenzione è particolarmente avvertito nel testo di legge in esame: infatti, nell'art. 2 viene delineato un sistema di *risk management* attraverso l'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e l'istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente.

Ancora, è previsto in capo a tutto il personale delle strutture sanitarie l'obbligo di concorrere alla prevenzione del rischio connesso all'erogazione delle prestazioni sanitarie. Dalla norma in esame emerge l'intenzione del legislatore di voler responsabilizzare gli esercenti le professioni sanitarie in senso civico, ancor prima che legale: per un verso, infatti, ha ampliato il campo semantico del termine responsabilità oltre il significato tecnico del lessico giuridico, dall'altro, ha esteso tale responsabilità oltre il personale medico, estendendola a tutti gli esercenti le professioni sanitarie.

Circa la responsabilità civile, e dunque risarcitoria, in continuità con il pregresso orientamento le strutture continuano a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale *ex artt.* 1218 e 1228 c.c., in merito alle condotte dolose e colpose del personale operante (anche in regime libero professionale intramurario)¹⁵³; il

discute potessero o meno essere considerate "accreditate" dalla comunità scientifica. Questione, peraltro, non nuova: infatti, anche oggi si pone sovente il problema di stabilire se la tecnica adottata dal sanitario possa ritenersi "condivisa" o meno dagli altri suoi colleghi.

Il quarto problema posto dall'art. 3, d.l. n. 158/2012, è rappresentato dal senso da dare al precepto secondo cui il giudice "nella determinazione del risarcimento del danno" tiene conto della condotta del medico che abbia rispettato le linee-guida. È principio noto e risalente, infatti, che la gravità della colpa non possa incidere sul risarcimento del danno, perché questo non rappresenta la sanzione della colpa. Chi ha causato un danno enorme con una colpa lieve, non sarà tenuto a pagare meno di chi abbia causato il medesimo danno con dolo o colpa grave. Se così non fosse, il risarcimento si tradurrebbe in una retribuzione della colpa, assumendo una funzione che il codice civile non gli assegna. Sul punto cfr. la relazione n. 21 del 21 giugno 2013 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione.

¹⁵³ L'art. 7, comma 2, precisa che tali disposizioni (previste dal comma 1) si applicano anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

singolo professionista, invece, risponderà a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043, salvo il caso in cui non abbia posto in essere con il danneggiato un proprio vincolo negoziale.

In materia di responsabilità penale si prevede l'introduzione di una nuova fattispecie criminosa che supera definitivamente la diatriba in ordine alle sfumature di colpa attraverso la creazione di una nuova *species* di colpevolezza, quella medica appunto. Si tratta dell'art. 590 *sexies*¹⁵⁴, che disciplina la responsabilità colposa eventualmente derivante dallo svolgimento di attività sanitaria. Come si evince dal dettato normativo vengono positivizzati gli arresti giurisprudenziali più significativi in ambito penale, valorizzando, per un verso, la rilevanza del caso concreto e, per altro, il limitato campo elettivo nell'imperizia.

Sotto quest'ultimo profilo sembra che il legislatore abbia identificato le *leges artis* non con regole di comune cautela ma con regole di perizia mantenendo perciò intatta la responsabilità per colpa lieve nei casi di negligenza ed imprudenza.

Il legislatore interviene anche sulla configurazione della colpa grave, derivante da condotte imperite: in particolare, si prescrive ai professionisti il rispetto delle linee guida dell'arte o, in loro assenza, delle buone pratiche, richiedendone, tuttavia, l'adeguatezza al singolo caso concreto clinico-assistenziale¹⁵⁵; si precisa che tale adempimento costituisce fattore esimente per il professionista in caso di fatto illecito; si stabilisce che il suddetto criterio di valutazione della colposità rappresenta il metro di giudizio del magistrato in caso di responsabilità civile.

Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della legge in esame e dell'art. 590-*sexies* del c.p.

Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 38 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), integrate, ove

¹⁵⁴ Che dispone: «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. – Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

¹⁵⁵ In particolare, vengono positivizzate le linee guida e le buone pratiche attraverso la definizione di modalità di produzione ed enti di accreditamento, nonché l'istituzione di un Osservatorio ai sensi dell'art. 3. L'Osservatorio acquisisce dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, di cui all'art. 2, i dati regionali relativi ai rischi ed eventi avversi nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso e, anche mediante la predisposizione, con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie di cui all'art. 5, di linee di indirizzo, individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie.

necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.

Tra le novità più rilevanti emerge la qualificazione come aquiliana della responsabilità del medico, con conseguenti ripercussioni sul piano disciplinare, e al contempo viene parametrato il danno risarcibile attraverso l'aggancio al Codice delle assicurazioni.

Al fine di scongiurare ogni perplessità ermeneutica, peraltro, il legislatore ha inteso chiarire che tali previsioni costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile, per ciò solo inderogabili.

Il sistema in ambito civilistico, pertanto, risulta fortemente irrigidito, considerato che l'unica ipotesi in cui la responsabilità medica può inquadrarsi in quella da inadempimento consegue all'esistenza di una convenzione tra sanitario e paziente.

Anche il riferimento alle tabelle sul danno biologico comporta l'emersione di forti interrogativi sulla natura del danno conseguente ai fenomeni di *medical mal-practise*.

Sembrirebbe in prima battuta che il danno abbia la conformazione di un danno non patrimoniale assimilabile *quoad effectum* a quello biologico con un forte aggravamento dell'onere probatorio.

Tuttavia, questo è controbilanciato dall'obbligo assicurativo a carico della struttura sanitaria e dalla connessa azione diretta spettante al paziente.

Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private dovranno essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica.

L'art. 10 stabilisce, più nel dettaglio, che per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente ai sensi dell'articolo 7, comma 3, resta fermo l'obbligo di cui all'art. 3, comma 5, lett. e, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

Il testo sembra in concreto aver traslato la responsabilità in capo alla struttura applicando la logica sottesa all'art. 1228 c.c. in materia di responsabilità per fatto degli ausiliari, scongiurando pertanto qualsiasi *vulnus* di tutela.

Infatti, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private.

L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione

è soggetta al termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria¹⁵⁶.

Da una lettura sommaria della legge emerge una normativa snella ed in continuità con la tradizione giurisprudenziale, una particolare attenzione per gli strumenti deflattivi del contenzioso e per la positivizzazione di alcune regole di condotta. Qualche perplessità trapela, invece, in merito alla tutela civilistica, traslata in capo alla struttura sanitaria.

7. Responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione

La legislazione italiana conosce numerose ipotesi in cui l'amministrazione risponde a titolo di responsabilità oggettiva, vale a dire a prescindere dall'elemento della colpevolezza.

Alcune di esse sono disciplinate dal codice civile, che comprende disposizioni di carattere generale sulla responsabilità senza colpa, applicabili anche all'amministrazione, altre nella legislazione di settore.

Il legislatore ha inteso con tali norme porre l'obbligazione risarcitoria a carico dei soggetti che meglio sono in grado di adottare, in ragione della loro posizione, le opportune contromisure atte a prevenire possibili danni a terzi: ne costituiscono esempi gli artt. 2047 (responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace), 2048 (responsabilità dei genitori e degli insegnanti), 2049 (responsabilità dei padroni e dei committenti), 2050 (responsabilità per l'esercizio di attività pericolose), 2051 (responsabilità da cose in custodia) e 2053 (responsabilità per rovina di edificio) del codice civile.

Per queste fattispecie l'attribuzione della responsabilità è diversificata come emerge dal contenuto della prova liberatoria a carico del soggetto chiamato a rispondere del danno: in alcune, infatti, opera una presunzione di colpa (artt. 2047, 2048 c.c.); in altre, invece, il criterio di imputazione prescinde dalla colpevolezza del comportamento dannoso e si è in presenza di una responsabilità c.d. oggettiva (artt. 2049, 2050, 2051, 2053 c.c.).

Segnatamente, gli artt. 2047 e 2048¹⁵⁷ c.c., che prevedono la responsabilità indiretta per fatto dannoso rispettivamente di persona incapace di intendere e di volere ovvero di persona sottoposta alla vigilanza, sono applicabili al funzionario, in particolare ai precettori e docenti.

¹⁵⁶ Si segnalano infine l'introduzione di alcuni istituti quali il tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8) e l'istituzione di un fondo in favore delle vittime di malasanità (art. 14).

¹⁵⁷ V. Cass. civ., sez. III, 2 luglio 1997, n. 5946, si afferma che «Presupposto indefettibile della responsabilità per *culpa in vigilando* per i danni cagionati dalle persone affidate alla sorveglianza è l'accertamento della derivazione dell'evento lesivo dall'omissione del sorvegliante, non importa se identificato, purché identificabile, nel caso di personale dipendente da un ente pubblico».

Le due norme stabiliscono una presunzione di responsabilità sulla cui natura diretta¹⁵⁸ o indiretta¹⁵⁹ non v'è unanimità in dottrina.

Per vero, la presunzione *de qua* è superata dalla prova di “*non aver potuto impedire il fatto*”. Circa la prova liberatoria, la giurisprudenza ha formulato veri e propri criteri generali, in base ai quali il dovere di vigilanza degli insegnanti trova «il suo fondamento nella prevedibilità in ordine a quanto può impedire ed ostacolare il regolare adempimento dell'obbligazione ed è da qualificarsi non assoluto, ma relativo, dovendosi commisurare all'età e, perciò, al grado di maturazione dei soggetti sorvegliati»¹⁶⁰.

D'altronde, la giurisprudenza ha precisato che l'applicabilità della suddetta presunzione di responsabilità a carico dell'agente atta a produrre effetti probatori in danno all'amministrazione, in ragione del rapporto organico, non trova ostacolo nel carattere discrezionale dell'organizzazione dell'attività della pubblica istruzione, in quanto, come ogni altra attività discrezionale, trova un limite, oltre che nel precetto del *neminem laedere*, nelle norme di legge e di regolamento con le quali l'amministrazione autolimita i propri poteri¹⁶¹.

La disciplina in esame si applica alle ipotesi di danno provocato da un allievo a terzi o ad altri allievi durante l'orario scolastico (sia in aula che in palestra durante l'educazione fisica o in laboratorio in esercitazioni), mentre sono attratte dalla disciplina generale le ipotesi di danno provocato ad allievi da parte di terzi estranei all'organizzazione scolastica con applicazione ai sorveglianti della limitazione relativa alla misura della colpa (dolo o colpa grave) e degli ordinari criteri sull'onere della prova.

Inoltre, l'art. 61, l. 11 luglio 1980, n. 312, ha innovato, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, la disciplina della responsabilità del personale della scuola per i danni prodotti ai terzi nell'esercizio delle funzioni di vigilanza degli alunni, da un lato, limitando detta responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave, con esclusione di ogni presunzione di *culpa in vigilando* (art. 2048 c.c.), restando in ogni caso a carico del danneggiato l'onere della prova del presupposto soggettivo del fatto illecito, dall'altro prevedendo la sostituzione dell'amministrazione al pubblico funzionario quale soggetto passivo dell'azione di danno, con esclusione dell'azione diretta verso quest'ultimo, come previsto dalla precedente legislazione (T.U. n. 3 del 1957, artt. 22, 23), salva l'azione di rivalsa dell'amministrazione che abbia risarcito al terzo il danno prodotto dal dipendente¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1972.

¹⁵⁹ Cfr. F. STADERINI, *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano 1981.

¹⁶⁰ V. Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1980, n. 369. V. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 1998, n. 6331, secondo cui l'onere probatorio del danneggiato si esaurisce «nella dimostrazione che il fatto si è verificato nel tempo in cui il minore è rimasto affidato alla scuola, mentre spetta all'insegnante dimostrare di non aver potuto impedire l'evento».

¹⁶¹ V. Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1970, n. 263.

¹⁶² V. Cass. Civ. sez. III, 3 marzo 1995, n. 2463, in cui si osserva inoltre che «*In base ai principi*

In via di principio si ritiene non applicabile all'amministrazione l'art. 2049 c.c. poiché i funzionari si immedesimano nella struttura amministrativa agendo come ente. Ma ciò non toglie che si possano individuare situazioni, in cui si instaurino con altri soggetti rapporti diversi, che consentano la configurazione di una responsabilità oggettiva indiretta dell'amministrazione per fatto dannoso di un suo sottoposto.

Ancora, l'art. 2050 c.c. prevede che «chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno»: si tratta di una norma di chiusura, poiché è volta a disciplinare l'esercizio di attività potenzialmente idonee a produrre danni – considerate ciò nonostante lecite dall'ordinamento – in virtù della loro utilità sociale – che non siano riconducibili alla sfera di applicazione di altre norme specifiche del codice civile o delle leggi speciali.

Tale disposizione, a differenza della normativa di carattere generale sancita all'art. 2043 c.c. prevede, con la presunzione di colpevolezza, l'inversione dell'onere della prova e l'aggravamento dell'obbligo della diligenza a carico di chi svolge attività pericolose.

La giurisprudenza¹⁶³ tradizionale era orientata, in contrasto con autorevole dottrina¹⁶⁴, prevalentemente nel senso dell'inapplicabilità della disciplina in analisi alla pubblica amministrazione, sia in ragione del fatto che quest'ultima è un'organizzazione tendente a soddisfare esigenze imprescindibili della collettività senza alcun scopo di lucro, che per la riconducibilità dell'adozione di cautele nella discrezionalità amministrativa.

Successivamente, allineandosi alla dottrina¹⁶⁵, ha ammesso – in mancanza di un principio generale di esenzione¹⁶⁶ – la presunzione di colpa anche per l'am-

che regolano la successione di leggi (preleggi art. 11), la norma è inapplicabile ai fatti produttivi di danno per culpa in vigilando verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore, per ciò che attiene alla disciplina sostanziale e al presupposto della responsabilità per fatto illecito. Per converso, la norma stessa è immediatamente applicabile quale ius superveniens ai giudizi in corso, ancorché per fatti antecedenti la sua entrata in vigore, limitatamente alla disposizione del comma 2, parte seconda che prevede la sostituzione dell'amministrazione nell'obbligazione risarcitoria verso il terzo danneggiato, stante la sua natura spiccatamente processuale, siccome volta ad escludere l'azione diretta del terzo danneggiato nei confronti del personale scolastico, non incidente come tale se non di riflesso sul contenuto sostanziale della responsabilità, ma solo sulle modalità attuative della medesima». Anche Cass. civ., sez. III, 10 febbraio 1981, n. 826, afferma: «In forza del rapporto organico instauratosi tra il patronato scolastico ed il maestro da questo assunto per l'espletamento delle mansioni inerenti al doposcuola, l'ente pubblico deve ritenersi responsabile in via diretta dei danni da tale dipendente arrecati a terzi per "culpa in vigilando" nell'esercizio delle mansioni anzidette».

¹⁶³ Si veda ad es. Cass. civ., 23 febbraio 1956, n. 507.

¹⁶⁴ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 638-639.

¹⁶⁵ Cfr. G. BRONZETTI, *Esercizio di attività pericolose e responsabilità della P.A.*, in *Arch. resp. civ.* 1978, 931 ss. V. DI MARTINO, *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Milano 1979.

¹⁶⁶ V. Cass. civ., 27 febbraio 1984, n. 1393.

ministrazione¹⁶⁷ da superare con una prova rigorosa¹⁶⁸.

L'art. 2051 c.c., concernente i danni cagionati dalle cose date in custodia, pone a carico del custode l'obbligo di risarcire i danni cagionati a terzi dalla *res* custodita, salvo il caso fortuito: essa si è ritenuta applicabile all'amministrazione, limitatamente ai beni patrimoniali¹⁶⁹ ed in ogni caso in cui beni pubblici vengano

¹⁶⁷ V. Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1982 n. 537: «La norma dell'art. 2050 c.c. adotta espressioni di carattere talmente omnicomprendivo da non consentire sulla sola base di essa una delimitazione soggettiva del suo ambito di applicazione, tale da escluderne l'applicabilità a enti pubblici e per conseguenza la natura non utilitaristica della attività svolta, come è il caso dell'attività senza fini di lucro svolta da un ente pubblico, di per sé non esclude la tutela aquiliana dei terzi eventualmente danneggiati. Non viola il principio di insindacabilità dell'operato della pubblica amministrazione, derivante dai poteri discrezionali della medesima, l'indagine tesa a valutare, ai fini del giudizio di pericolosità ex art. 2050 c.c., il rispetto e l'osservanza delle regole di natura tecnica, cui l'amministrazione medesima è tenuta a uniformarsi».

¹⁶⁸ V. Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 1996, n. 1192. In senso conforme v. Cass. civ., sez. III, 1 aprile 1995, n. 3829: «Agli effetti dell'art. 2050 c.c., è pericolosa l'attività così qualificata dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, nonché quella che, per sua stessa natura, per le caratteristiche dei mezzi adoperati o per la sua spiccata potenzialità offensiva, comporti la rilevante possibilità del verificarsi di un danno. Nei riguardi del servizio svolto dall'amministrazione ferroviaria, in difetto di norme speciali, non ricorre la prima ipotesi di attività pericolosa, pur potendosi ravvisare la seconda riguardo a specifici settori di tale attività. (Nella specie, il ricorrente aveva sostenuto che, mentre transitava su una banchina ferroviaria, era scivolato su del materiale liquido, era così finito sui binari ed era stato investito da un treno in movimento, ricevendo, pertanto, danni alla persona in conseguenza della cattiva manutenzione della banchina. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha affermato che sulla base di tale prospettazione è da escludersi l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2050 c.c., in quanto l'incidente ebbe a verificarsi non per la natura del servizio o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, bensì per le modalità asseritamente negligenti del loro impiego, così da potersi inquadrare nella fattispecie nella generale ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., con le relative conseguenze in tema di onere della prova»).

Cass. civ., sez. un., 20 aprile 1991, n. 4290: «L'Amministrazione provinciale, la quale istituisca ed organizzi un servizio di autotrasporto riservato agli alunni di scuola, è tenuta, in osservanza del principio del "neminem laedere", ad adottare le cautele occorrenti per tutelare la sicurezza e l'incolumità di detti utenti, anche nel tragitto dalla scuola al punto di partenza degli automezzi, senza poter invocare, quali ragioni di esonero, economie di spese o vincoli di bilancio. L'indagine sull'ottemperanza o meno a tali doveri, non coinvolgendo scelte amministrative di tipo discrezionale, rientra nelle attribuzioni del giudice ordinario, che sia adito con azione risarcitoria da parte del danneggiato».

Cass. civ., sez. III, 25 settembre 1979, n. 4945: «A vincere la presunzione di responsabilità prevista dal comma 3 dell'art. 2054 c.c., allorché proprietaria del veicolo sia la pubblica amministrazione occorre un concreto comportamento ostativo e, quindi, non è sufficiente la semplice esistenza di una norma astratta – come il r.d. 3 aprile 1926 n. 746 – che vieta l'uso dei veicoli per fini non di servizio».

¹⁶⁹ V. Cass. civ., sez. III, 7 ottobre 1998, n. 9915: «Costituisce insidia o trabocchetto per gli utenti della strada, tale da rendere la p.a. – cui ne spetta la gestione e la manutenzione – responsabile dei fatti lesivi, quella costituita da segnali erronei o contraddittori nel caso ponga gli utenti nella impossibilità di discernere tempestivamente il segnale valido, e di regolare, di conseguenza, la propria condotta di guida. Il funzionamento di un impianto semaforico può – pertanto – dare luogo a responsabilità dell'amministrazione tutte le volte che tale funzionamento sia difettoso per erroneità o contraddittorietà dei segnali, e così viene a realizzarsi una situazione di insidia nel caso in cui il semaforo segni verde per i veicoli provenienti da una direzione di marcia, e proietti luce intermittente o non proietti alcuna luce – perché spenta – per i veicoli provenienti da altra direzione di marcia».

utilizzati dall'amministrazione medesima, in situazione tale da rendere possibile un concreto controllo ed una vigilanza idonei ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo¹⁷⁰.

Al contrario si esclude per quei beni pubblici in relazione ai quali la posizione dell'amministrazione non è assimilabile al titolare di una proprietà privata, quali il demanio naturale, nonché quello stradale¹⁷¹ e ferroviario¹⁷², poiché l'uso gene-

Cass. civ., sez. III, 25 settembre 1998, n. 9599: «Con riguardo a lavori stradali eseguiti in appalto su concessione dell'Anas, che abbiano comportato insidia o trabocchetto causativi di sinistro, per mancanza di cartelli di segnalazione e conseguente invisibilità della esatta ubicazione del pericolo, è configurabile la concorrente responsabilità tanto dell'appaltatore – in relazione al suo obbligo di custodire il cantiere, di apporre e mantenere efficiente la segnaletica, nonché di adottare tutte le cautele prescritte dall'art. 8 c. strad. e relativo regolamento – quanto dell'Anas, in relazione al suo dovere di vigilare sull'esecuzione delle opere date in concessione, ed altresì di emettere i provvedimenti necessari per la sicurezza del traffico».

Cass. civ., sez. III, 23 novembre 1998, n. 11855: «Con riguardo a lavori stradali eseguiti in appalto su concessione dell'Anas che abbiano comportato insidia o trabocchetto causativi di sinistro per mancanza di cartello di segnalazione rimosso da terzi e conseguentemente invisibilità di un cantiere (anche da parte di chi ne conosceva l'esistenza) è configurabile la concorrente responsabilità tanto dell'appaltatore, in relazione al suo obbligo di custodire il cantiere, di apporre e mantenere efficiente la segnaletica, nonché di adottare tutte le cautele prescritte dall'art. 8 del c. strad. e degli art. 7 ed 8 del relativo regolamento, quanto dell'Anas, in relazione al suo dovere di vigilare sull'esecuzione delle opere date in concessione, ed altresì di emettere i provvedimenti necessari per la sicurezza del traffico».

¹⁷⁰ V. Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 1984, n. 5567: «L'art. 2051 c.c., in tema di presunzione di responsabilità per il danno cagionato dalle cose che si hanno in custodia, trova applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, con riguardo ai beni demaniali, qualora tali beni non siano oggetto di un uso generale e diretto da parte dei terzi, ma vengano utilizzati dall'amministrazione medesima in situazione tale da rendere possibile un concreto controllo ed una vigilanza idonea ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo».

Cass. civ., sez. III, 20 marzo 1982, n. 1817: «L'art. 2051 c.c., in tema di presunzione di responsabilità per il danno cagionato dalle cose che si hanno in custodia, trova applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, con riguardo ai beni demaniali, qualora tali beni non siano oggetto di un uso generale e diretto da parte dei terzi, ma vengano utilizzati dall'amministrazione medesima, in situazione tale da rendere possibile un concreto controllo ed una vigilanza idonee ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo (nella specie, galleria di una stazione ferroviaria, destinata esclusivamente al personale dell'amministrazione e protetta da un cancello)».

Cass. civ., sez. III, 29 marzo 1999, n. 2963: «La responsabilità dell'ente proprietario della strada è configurabile, a parte ogni problema di concorrente responsabilità dell'impresa appaltatrice dei lavori, anche quando i lavori di costruzione, manutenzione o restauro di una strada vengano dati in appalto, derivando dalla stessa titolarità della strada e dalla destinazione di essa al pubblico uso il dovere per l'ente di fare sì che quell'uso si svolga in condizioni di normalità e senza pericolo per gli utenti e, pertanto, in osservanza del principio del *neminem laedere*».

Cass. civ., sez. III, 9 novembre 1978, n. 5133: «L'ente proprietario di una strada e non il consegnatario di essa, anche se abbia dato in appalto per propria utilità lavori per la manutenzione della strada stessa, è responsabile dei danni derivati dall'esecuzione delle opere appaltate».

¹⁷¹ V. Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 1985, n. 1295: «La mancata adozione di accorgimenti tecnici per impedire alle acque piovane, defluenti sulle strade demaniali, di riversarsi negli edifici latitanti e di danneggiarli, comporta la responsabilità della P.A. se il fatto si è verificato nei centri abitati».

Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 1986, n. 5677: «L'ente proprietario della strada aperta al pubblico transito è tenuto a mantenerla in condizioni che non costituiscano per l'utente, il quale fa ragione-

rale da parte della collettività impedisce in concreto l'esercizio di un'idonea custodia da parte dell'amministrazione: ciò rende inapplicabile la presunzione di responsabilità, fermo restando, per vero, la possibilità del danneggiato di tutelarsi ex art. 2043 c.c., con l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa¹⁷³. Ne

vole affidamento nella sua apparente regolarità, una situazione di pericolo occulto (c.d. insidia o trabocchetto), per la cui sussistenza occorrono congiuntamente il carattere obiettivo della non visibilità e quello subiettivo della non prevedibilità del pericolo. L'indagine volta ad individuare la ricorrenza o meno della situazione di pericolo occulto è espressione di un accertamento riservato al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità, se immune da vizi logici ed errori di diritto».

Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1988, n. 723: «Dalla proprietà pubblica del comune sulle strade poste all'interno dell'abitato (art. 16 lett. b della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F) discende non solo l'obbligo dell'ente alla manutenzione, come stabilito dall'art. 5 del r.d. 15 novembre 1923 n. 2506, ma anche quello della custodia con conseguente operatività, nei confronti dell'ente stesso, della presunzione di responsabilità ex art. 2051 c.c. qualora abbia ommesso di vigilare al fine di impedire che terzi incaricati dell'esecuzione di lavori sui beni oggetto della proprietà vi procedessero in guisa tale da determinare danni a fondi limitrofi. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la responsabilità del comune ex art. 2051 c.c. per i danni da infiltrazioni di acqua piovana ad un immobile locato, conseguenti alla difettosa esecuzione di opere di scavo lungo la contigua strada comunale)».

¹⁷² V. Cass. civ., sez. III, 27 febbraio 1984, n. 1393: «Con riguardo allo svolgimento del servizio ferroviario da parte della pubblica amministrazione, l'applicabilità dell'art. 2050 c.c., sulla presunzione di responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa, va riconosciuta quando il danno che ne derivi si ricolleggi ad uno specifico aspetto o momento del servizio stesso, il quale presenti, per peculiarità intrinseca della sua natura e per le caratteristiche dei mezzi adoperati, connotati di pericolosità eccedenti il livello normale di rischio, sì da richiedere particolari cautele preventive. Pertanto, nel caso di infortunio per folgorazione, subito dal verniciatore di apparecchiature elettriche di una linea ad alta tensione di impianto ferroviario, ed a prescindere dalla non pericolosità di per sé del lavoro di verniciatura, non può essere esclusa l'operatività, a carico dell'amministrazione, della suddetta norma, tenuto conto che le attività di produzione e distribuzione di energia elettrica sono obiettivamente pericolose, nel senso specificato, pure se espletate da un soggetto pubblico, ed impongono di conseguenza l'apprestamento di ogni cautela idonea ad evitare danno, anche con riferimento all'organizzazione di lavori che terzi eseguano sui relativi impianti».

¹⁷³ Cfr. F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino 1994, 24-25. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11749: «Dalla proprietà pubblica del comune sulle strade (art. 16 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F) discende non solo l'obbligo dell'Ente alla manutenzione, come stabilito dall'art. 5 r.d. 15 novembre 1923 n. 2506, ma anche quello della custodia con conseguente operatività nei confronti dell'ente stesso della presunzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c., qualora abbia ommesso di vigilare per impedire che ne derivino danni a terzi».

Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 1988, n. 723: «Dalla proprietà pubblica del comune sulle strade poste all'interno dell'abitato (art. 16 lett. b) l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. f) discende non solo l'obbligo dell'ente alla manutenzione, come stabilito dall'art. 5 r.d. 15 novembre 1923 n. 2506, ma anche quello della custodia con conseguente operatività, nei confronti dell'ente stesso, della presunzione di responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c., qualora abbia ommesso di vigilare al fine di impedire che terzi incaricati dell'esecuzione di lavori sui beni oggetto della proprietà vi procedessero in guisa tale da determinare danni a fondi limitrofi. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la C.S. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la responsabilità del comune ai sensi dell'art. 2051 c.c., per i danni da infiltrazioni di acqua piovana ad un immobile locato conseguenti alla difettosa esecuzione di opere di scavo lungo la contigua strada comunale)».

Cass. Civ., sez. I, 7 aprile 1994, n. 3293: «Ai fini dell'affermazione della responsabilità civile della

consegue che ad esempio il Comune che consente il transito su una strada di proprietà altrui ha l'obbligo di accertare lo stato continuo di buona manutenzione, ancorché non ravvisabile in capo al Comune¹⁷⁴, rispondendo, in caso di danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Per vero, in dottrina¹⁷⁵ si sono manifestate perplessità sulla posizione limitatrice della giurisprudenza, affermandosi che l'insidia o il trabocchetto costituiscono manifestazione di colpa grave dell'amministrazione, perché si tratta di situazione di pericolo eccezionali e rare stante la ricorrenza dei caratteri dell'invisibilità e dell'imprevedibilità.

Infine, è applicabile all'amministrazione anche la presunzione posta dall'art. 2053 c.c. per i danni provocati dalla rovina di edifici o altre costruzioni, ancorché demaniali¹⁷⁶, non essendo necessario nemmeno in questa ipotesi indagare sull'uso dei poteri discrezionali.

Restano da esaminare ulteriori ipotesi di responsabilità oggettiva disciplinate dalla legislazione speciale.

Ne costituisce un esempio l'art. 19 della legge 13 dicembre 1962, n. 1860, in materia di installazioni nucleari, in virtù del quale lo Stato dovrà risarcire i danni, fino ad un massimo stabilito legalmente, quando l'ammontare degli indennizzi non sia interamente coperto dalla garanzia finanziaria fornita dal gestore dell'impianto nucleare.

In altri casi, invece, la normativa speciale non deroga alla disciplina prevista dal c.c., ma si limita a prevedere profili specializzanti a seconda della tipologia del servizio pubblico: si pensi agli artt. 1 e 2 comma 2, del Regolamento di Polizia e Sicurezza ferroviaria del 31 ottobre 1873, n. 1687, secondo cui l'amministrazione ferroviaria è obbligata al mantenimento in buon stato delle vie ferrate e del personale indispensabile per realizzare tale conservazione al fine di impedire che si producano incidenti; all'art. 7 del T.U. di Pubblica Sicurezza, approvato con R.D. del 18 giugno 1931, n. 773, in base al quale l'amministrazione della pubblica sicurezza è tenuta a risarcire solo i danni provocati a causa di atti illeciti in azioni di polizia.

pubblica amministrazione in presenza di una attività provvedimentale sfociata nell'emanazione di atti illegittimi formati al termine di una complessa fase procedimentale che ha interessato molti soggetti, la colpa dell'amministrazione è di per sé ravvisabile nella violazione della norma, operata con l'emanazione dell'atto o con l'esecuzione dello stesso, senza che l'amministrazione possa giovare dell'errore scusabile dei propri funzionari».

¹⁷⁴ V. Cass. civ., sez. III, 15 giugno 1979, n. 3387: «Se un comune consente alla collettività l'utilizzazione, per pubblico transito, di un'area di proprietà privata assume l'obbligo di accertarsi che la manutenzione dell'area e dei relativi manufatti non sia trascurata; e l'inosservanza di tale dovere di sorveglianza, che costituisce un obbligo primario della P.A., per il principio del "neminem laedere", integra gli estremi della colpa e determina la responsabilità per il danno cagionato all'utente dell'area, a nulla rilevando che l'obbligo della manutenzione incomba sul proprietario dell'area».

¹⁷⁵ Cfr. M. COMPORTI, *Presunzioni di responsabilità e danni da manutenzione stradale*, in *Riv. giur. circol. trasp.* 1988, 551 ss.

¹⁷⁶ Così ad es. Cass. civ., 11 novembre 1977, n. 4898.

Infine si ricorda che ai sensi dell'art. 2947 c.c. la prescrizione del diritto di credito al risarcimento dei danni *de quibus* si verifica con il decorso di cinque anni dal compimento del fatto; nell'ampia nozione di "fatto" rientrano non solo le operazioni materiali o i comportamenti commissivi od omissivi del funzionario, ma anche gli atti amministrativi illegittimi e quelli tecnici inadatti emanati dall'amministrazione. La prescrizione è decennale ove l'amministrazione sia condannata in solido con il funzionario con sentenza passata in giudicato, così come prevede l'art. 2953 c.c.¹⁷⁷.

Ove, poi, il funzionario sia stato condannato penalmente per lo stesso fatto costituente reato, la prescrizione civile segue quella penale.

8. La responsabilità della P.A. nei Paesi europei

8.1. Il modello francese

Il modello di responsabilità del funzionario verso terzi nell'ordinamento francese si fonda sulla dicotomia "*faute personnelle*" e "*faute de service*".

Per comprenderne il significato preciso e la portata occorre ritornare indietro nel tempo, allorché si affermò tale distinzione.

L'art. 75 della Costituzione rivoluzionaria dell'VIII anno disponendo che "Les agents du Gouvernement, autres que les Ministres ne peuvent être poursuivis pur des faits relatifs à leur fonctions, qu'en vertu d'une décision di Conseil d'Etat; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires", riuscì a compiere un passo avanti rispetto alla disciplina precedente che prevedeva l'autorizzazione dell'autorità amministrativa superiore.

La disposizione ebbe un successo duraturo, in quanto si sposava felicemente con l'affermata separazione dei poteri.

Solo con la caduta di Napoleone III si posero le condizioni, sotto la spinta delle forze liberali, per intervenire su tale principio.

Il decreto emanato il 19 settembre 1870 dal Governo Provvisorio di Difesa Nazionale dispose l'abrogazione del citato art. 75¹⁷⁸ e fu ratificato successivamente dall'Assemblea Nazionale senza alcuna discussione nella seduta del 24 febbraio 1872.

La giurisprudenza dei primi anni dette una scrupolosa applicazione alla norma, anche se si diffusero preoccupazioni per la violazione della regola della separazione dei poteri.

¹⁷⁷ V. Cass. civ., 5 gennaio 1966, n. 92.

¹⁷⁸ Il testo del primo comma del provvedimento era il seguente: «1. L'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII è abrogato. Sono ugualmente abrogati tutte le disposizioni delle leggi generali o speciali aventi per fine d'ostacolare i procedimenti diretti contro i funzionari pubblici di tutti gli ordini».

Tale orientamento subì un repentino cambiamento con la famosa sentenza “Pelletier”¹⁷⁹, in relazione ad un’azione di danno intentata innanzi al Tribunale di Senlis dal proprietario di un giornale nei confronti del generale comandante il dipartimento che aveva ordinato il sequestro del giornale, nonché del prefetto e del commissario di polizia che l’avevano eseguito.

Il prefetto presentò un’eccezione di difetto di giurisdizione respinta dal tribunale di merito.

Di qui il ricorso al Tribunale dei conflitti che nel frattempo era stato riorganizzato con legge 24 maggio 1872.

Il giudice delle giurisdizioni affermò che il decreto del 1870 abrogato non aveva inteso contrastare il principio della separazione dei poteri, eliminando la competenza del giudice amministrativo a conoscere degli atti amministrativi e delle loro conseguenze, ma intervenire esclusivamente sul privilegio della previa autorizzazione riservato ai funzionari, consentendo ai privati danneggiati di rivolgersi direttamente ai tribunali giudiziari per il risarcimento da parte dei funzionari per “*fait personnel*”.

Pertanto, siccome la *causa petendi* era la circostanza che il funzionario aveva emesso un provvedimento amministrativo ritenuto dannoso, affermò il difetto di competenza dei tribunali ordinari.

In tal modo si intese giungere ad un compromesso tra le esigenze della separazione dei poteri, che vietava ad un organo del potere giudiziario di conoscere gli atti del potere amministrativo, già affermate dal legislatore del 1789, e quelle della piena tutela giurisdizionale del cittadino leso dall’azione amministrativa.

Fu così introdotto un criterio discriminatorio della giurisdizione, che determinò nel prosieguo l’individuazione del soggetto passivo dell’obbligazione civile di risarcimento di tale tipologia di danni.

Lo stesso Tribunale dei Conflitti chiarì ulteriormente il senso della ripartizione nella famosa sentenza Vimont del 5 luglio 1884, laddove afferma che il suo compito consiste nell’accertare “*si le propos dont il s’agit a le caractèr d’un acte administratif ou d’un fait personnel*”.

La Corte di Cassazione si adeguò a tale impostazione, anche se negli anni seguenti il Tribunale dei Conflitti, approfondendo le situazioni portate alla sua attenzione, iniziò a sostituire la dicotomia “*fait personnel-fait de service*”, strettamente finalizzata alla ripartizione delle giurisdizioni, all’altra “*faute personnelle-faute de service*”, che invece riguardava direttamente il regime della responsabilità civile.

Le due dicotomie non erano, invero, coincidenti concettualmente, in quanto poteva darsi che un “*fait personnel*” non importasse necessariamente una “*faute personnelle*”.

La giurisprudenza riteneva che la “*faute*” si delineasse quando vi fosse una “*injuria*” nel senso etimologico della parola, cioè allorquando vi fosse la violazione di un’obbligazione o di un dovere.

¹⁷⁹ V. Cons. d. St. 13 luglio 1873.

In altre parole, il funzionario commetteva una “*faute*” nel momento in cui contraveniva ad una sua obbligazione derivante dal servizio, sia per negligenza che per dolo.

La dottrina privatistica ha tentato di definire la nozione di “*faute*”, proponendo numerosissime impostazioni divergenti tra di loro¹⁸⁰.

Per alcuni la “*faute*” presuppone la volontà di nuocere ad altri¹⁸¹, mentre per altri consiste in un pregiudizio all’integrità della persona o del patrimonio di altri¹⁸².

Per altri Autori non sarebbe possibile definire la “*faute*”¹⁸³.

Dal punto di vista letterale “*faute*” significa colpa o errore, anche se tale traduzione non esprime l’effettiva nozione di tale termine, che è più complessa e non involge in sé un’esclusiva accezione psicologica.

Al fine di consentire una trasposizione concettuale nella nostra dogmatica si potrebbe tradurre “*faute*” approssimativamente come uno speciale illecito civile, cioè un comportamento posto con colpa o dolo dal funzionario in violazione dei propri obblighi di servizio.

La natura pretoria di tale nozione, che risultava poco comprensibile dalla dottrina privatistica, consentiva alle varie giurisdizioni di fissare la soglia che non doveva essere superata dal funzionario per evitare d’essere condannato a risarcire personalmente il danno provocato.

La giurisprudenza ritenne che la “*faute*” potesse fondarsi sul dolo (“*intention coupable*”) e la colpa (“*faute lourde*”), anche se nell’applicazione successiva determinò una progressiva degenerazione concettuale.

L’individuazione della “*faute personnelle*” fu, infatti, limitata alle ipotesi dolose per la presenza dell’intenzione colpevole, in quanto era difficile per i tribunali non condannare direttamente il funzionario che aveva volontariamente danneggiato il privato.

Diversamente avvenne per la “*faute lourde*” in ragione della sua natura essenzialmente soggettiva e, quindi, passibile di estensione.

Essa consiste, in altri termini, nella gravità della colpa del funzionario, considerata necessaria per radicare una sua diretta responsabilità nei confronti dei privati danneggiati.

L’evidente soggettività nella determinazione del grado della colpa comportò che tale valutazione fosse rimessa esclusivamente alla discrezionalità, se non all’arbitrio, del giudice, che tendeva a negare l’esistenza della colpa grave nel funzionario esimendolo da ogni personale responsabilità.

¹⁸⁰ Cfr. M.A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Paris 1949, 199-200.

¹⁸¹ Cfr. G. MORIN, *La révolte du droit contre le Code la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris 1944, 1.

¹⁸² Cfr. P. LECLERCQ, in *Concl. Pasicrisie*, 1929, I, 261.

¹⁸³ Cfr. G. RIPERT, *Examen doctrinal*, in *Rev. crit.* 1912, 196; M. PLANIOL, *Etudes sur la responsabilité civile*, in *Rev. crit.* 1905, 203.

Apparentemente più semplice è la situazione nel caso di comportamento doloso del funzionario, che agisce per trarre un profitto personale o per il desiderio di nuocere ad un amministrato.

Nei primi anni del Novecento la dottrina¹⁸⁴ e la giurisprudenza¹⁸⁵ in Francia unanimamente ammettevano come un postulato che tutti i reati comportassero ineluttabilmente una “*faute personnelle*” del funzionario che ne era l'autore.

Ma anche in questo caso si affermò ben presto una tendenza giurisprudenziale volta a limitare al massimo l'estensione del suddetto principio, riducendo ogni forma di automatismo a proposito della concorrenza di un'infrazione penale o di una “*voie de fait*”, intendendo per quest'ultima un comportamento reso al di fuori dei moduli amministrativi.

L'occasione della svolta fu rappresentata dalla nota sentenza Thèpaz nel 1935, in cui per la prima volta il Tribunal des Conflits affermò che un delitto non doloso non implicava una “*faute personnelle*”, anche se l'affare era stato portato innanzi ad una giurisdizione penale.

Uniformandosi a tale decisione anche le altre giurisdizioni cominciarono ad affermare che in presenza di un illecito penalmente rilevante, ma non intenzionale, così come di una “*voie de fait*” non dolosa, non si configurava una “*faute personnelle*”.

Parimenti, con la famosa sentenza “*Action Française*” 8 aprile 1935 n. 1226¹⁸⁶, il Tribunale dei conflitti affermava che l'esistenza di una “*voie de fait*” non implicava necessariamente una “*faute personnelle*”; e a questo orientamento si adeguarono anche i tribunali giudiziari, che rifiutarono l'automatica coincidenza di illecito personale-via di fatto.

In tal modo la “*voie de fait*”, pur essendo una condotta estranea alla funzione amministrativa, non incardinava “*ope legis*” la giurisdizione dei tribunali giudiziari per il risarcimento previsto dal codice civile.

¹⁸⁴ Cfr. H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute de service. Etude jurisprudentielle sur les responsabilitè de l'Administration*, Thèse, Oarus, 1941, secondo cui: «Si le fonctionnaire s'est rendu coupable dans l'exercice de ses fonctions de crimes ou de délits de droit commun prévus au code pénal [...], il faut ici encore poser comme principe que le fonctionnaire est responsable personnellement devant les tribunaux judiciaires»; M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12 ed., 1933, 526, secondo cui: «Bien entendu un délit caractèrisé constitue un fait personnel dont l'agent reste responsable»; D. RASY, *Les frontièrese de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, Paris 1963, 29 ss.

¹⁸⁵ V. Cour de cassation 7 febbraio 1923, n. 26-I-93; Tribunal des Conflits 2 maggio 1914, n. 531.

¹⁸⁶ Al proposito è interessante il caso riguardante il giornale “*Azione Francese*”, che era stato sequestrato il 7 febbraio 1934 sia a Parigi che nel Dipartimento della Senna su ordine del Prefetto di Polizia. La Società proprietaria del giornale intentò azione innanzi ai tribunali giudiziari al fine di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito. Il Tribunale dei Conflitti, dopo aver osservato che il sequestro non era indispensabile per il mantenimento o il ristabilimento dell'ordine pubblico, conclude affermando che «la mesure incriminée n'a ainsi constitué dans l'èspece qu'une “*voie de fait*” entraînant pour l'instance actuellement pendante devant les tribunaux judiciaires la compétence de l'autorità judiciaire».

Ancora di più si riteneva sussistente il dolo solo se fosse manifesto e flagrante.

In tal modo le nozioni di “*faute personnelle*”, di “*faute pènale*” e di “*voie de fait*” acquistavano un’ autonomia concettuale.

Ma ancor più va rilevato come la giurisprudenza francese, sia del Consiglio di Stato che dei Tribunali ordinari, sia stata molto spesso timida nell’ ammettere una “*faute personnelle*” ogni qualvolta si palesasse un comportamento doloso da parte di un funzionario, anche per non pregiudicare le possibilità di risarcimento della vittima, che chiaramente sono state sempre più ampie nei confronti dell’ amministrazione.

Allo stesso modo avveniva per la colpa grave, che si finiva per non rinvenire nella quasi totalità dei casi esaminati dai tribunali ordinari, tanto più che il Consiglio di Stato tendeva ad identificare come “*faute de service*” ogni ipotesi di danno provocato dal funzionario, in quanto «se il servizio ha funzionato in maniera difettosa, allora vi sarà un illecito del *service publique*»¹⁸⁷.

Si giungeva a tal punto per distinguere la tradizionale “*faute de service*”, cioè l’ illecito il cui autore sia determinato, dalla “*faute du service*” ossia l’ illecito il cui autore sia sconosciuto¹⁸⁸.

Ma comunque il Consiglio di Stato riconosceva l’ illecito di servizio anche quando l’ autore non fosse conosciuto¹⁸⁹.

Ne consegue che sono stati estremamente rari i casi di condanna dei funzionari per danni provocati a privati.

Il Consiglio di Stato iniziò con sempre maggiore decisione ad ammettere la possibilità di un cumulo di responsabilità tra il funzionario e l’ amministrazione, ammettendo che un semplice illecito personale commesso durante l’ esercizio delle sue mansioni da un funzionario comportasse la responsabilità anche dell’ amministrazione di appartenenza.

Dal canto loro i tribunali ordinari, che in un primo momento negli anni Trenta avevano ammesso la possibilità di condannare l’ amministrazione, quale committente ai sensi dell’ art. 1384, comma 5 del codice civile, successivamente negarono tale evenienza, in quanto la disposizione citata risultava inapplicabile alla responsabilità del funzionario: infatti, il capo del servizio non poteva essere considerato un committente del funzionario da lui dipendente¹⁹⁰.

Il Consiglio di Stato affinò via via tre tecniche per consentire al privato danneggiato di intentare un doppio giudizio, quello contro il funzionario innanzi ai tribunali ordinari e quello contro l’ amministrazione innanzi alla giurisdizione amministrativa. In particolare, si ammetteva

a) che un danno subito dal privato potesse derivare da un doppio illecito (*faute*),

¹⁸⁷ V. Cons. di St., sentenza Tomaso-Grecco, 10 febbraio 1905, n. 139.

¹⁸⁸ Cfr. F. BENOIT, *Traitè*, in *Jurisclasseur Administratif* fasc. n. 884, 473.

¹⁸⁹ V. Cons. di St., sentenza 30 maggio 1947, n. 230.

¹⁹⁰ V. Chambre Criminelle, sentenza 22 luglio 1948, n. 314.

di cui uno personale e l'altro di servizio, richiamandosi generalmente ad un difetto di sorveglianza dell'amministrazione sul comportamento dei suoi funzionari¹⁹¹;

b) la responsabilità dell'amministrazione nei casi di danni generati da inesecuzione di contratti o determinatisi nel corso dell'esecuzione di lavori pubblici, ancorché si trattasse di "*faute personnelle*" del funzionario, poiché si riteneva che il danno fosse derivato al privato concessionario in via contrattuale per impossibilità del medesimo di poter utilizzare le garanzie derivanti dal contratto;

c) che ogni giurisdizione potesse esaminare dal suo punto di vista e in relazione alle proprie competenze lo stesso fatto qualificandolo anche in maniera diversa, allorché il danneggiato avesse intentato due distinte azioni innanzi ad un tribunale giudiziario e alla giurisdizione amministrativa.

Astrattamente il funzionario che avesse provocato danni a terzi avrebbe potuto essere chiamato a risponderne dinanzi ai tribunali ordinari, ma in concreto – in ragione alla posizione del Consiglio di Stato che ammetteva una corresponsabilità dell'amministrazione a vario titolo – il danneggiato preferiva nella quasi totalità dei casi, per essere sicuro di essere risarcito, rivolgersi all'amministrazione di appartenenza del funzionario convenendola innanzi al Consiglio di Stato, trascurando molto spesso l'azione civile innanzi ai tribunali ordinari verso il funzionario stesso.

La legge 13 luglio 1983 relativa "*ai diritti e doveri dei funzionari*" obbligava l'amministrazione che non abbia sollevato conflitto al Tribunale ad assumere le eventuali condanne civili pronunciate scorrettamente per un illecito che non aveva carattere di illecito personale separabile dal servizio.

Il Consiglio di Stato ha ammesso progressivamente tre tipi di nesso con il servizio: temporale, spaziale e strumentale.

Il più importante è il nesso temporale, per cui l'amministrazione risponde con il funzionario, allorché questo durante il servizio abbia provocato un danno per una "*faute personnelle*".

Paradigmatico è il caso Mineur¹⁹², in cui, pur avendo il funzionario incaricato del reparto provocato un incidente per aver deviato dall'itinerario usuale per ragioni estranee al servizio, il Consiglio di Stato ha ritenuto esigibile la responsabilità dell'amministrazione nella misura in cui la "*faute*" aveva una connessione temporale con il servizio.

Ma eccezionalmente la giurisprudenza ammette altri due nessi: quello temporale, sussiste quando l'incidente è avvenuto nel luogo di servizio anche dopo il termine della giornata lavorativa¹⁹³; quello strumentale, si ravvisa nei casi in cui l'incidente è causato con lo strumento utilizzato per il disimpegno del servizio,

¹⁹¹ Cfr. G. VEDEL, P. DEVOLVE, *Droit administratif*, coll. *Themis*, PUF, 1990; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, PUF, 1986; A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, J.C. VENEZIA, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t.1, 11 ediz., 1990.

¹⁹² V. Cons. d. St. 18 novembre 1949, n. 91864, *Revue du Droit public*, 1950, 172.

¹⁹³ V. Cons. d. St. 12 maggio 1950, n. 58.

anche se al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, come è stato chiarito nella nota sentenza Sadoudi¹⁹⁴.

In quest'ultimo caso, il giudice si è mostrato molto prudente e non ha condiviso la proposta del commissario del Governo Blum, favorevole alla vittima "se i mezzi e gli strumenti con i quali si commise l'illecito furono posti per il servizio a disposizione del colpevole". Il giudice esige soprattutto che il funzionario abbia conservato lo strumento del danno fuori dal servizio dovuto alle esigenze del proprio servizio, come è stato chiarito nella sentenza Pothier¹⁹⁵.

Inoltre, la giurisprudenza chiede che il danno sia diretto nella relazione causa-effetto, anche se il giudice ritiene risarcibile un danno futuro¹⁹⁶, valutabile in denaro. Il giudice amministrativo si è mostrato propenso ad ammettere oltre ai danni materiali anche quelli morali¹⁹⁷.

La responsabilità oggettiva risale alla legge 5 aprile 1884, che aveva ad oggetto la proprietà privata: tale disciplina è stata successivamente estesa ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Questo tipo di responsabilità si ispira ad esigenze di equità¹⁹⁸, poiché l'amministrazione in tali ipotesi non è la responsabile del danno.

Il fondamento di essa si riscontra generalmente nella teoria del rischio, secondo cui l'amministrazione per il perseguimento dei suoi obiettivi, deve necessariamente utilizzare metodi e mezzi pericolosi, che aumentano il rischio di danni.

In detti casi appare ingiusto che la vittima ne debba subire le conseguenze dannose.

Su questa base il giudice amministrativo tende a trattare favorevolmente coloro che subiscano danni traenti origine dall'amministrazione; ha, in particolare, riconosciuto un risarcimento ai collaboratori dell'amministrazione o ai funzionari, che avessero subito pregiudizi ulteriori rispetto a quelli caratteristici del c.d. rischio professionale¹⁹⁹; ha esteso questo sistema di responsabilità ai collaboratori occasionali dell'amministrazione²⁰⁰, ma non ha allargato eccessivamente l'ambito

¹⁹⁴ V. Cons. d. St. 26 ottobre 1973, n. 81997: incidente provocato da un poliziotto mentre manipolava l'arma nel suo domicilio privato.

¹⁹⁵ V. Cons. d. St. 12 marzo 1975.

¹⁹⁶ V. Cons. d. St. 19 aprile 1967, Ville de Toulouse, nella quale si trattava di una perdita di ingressi futuri.

¹⁹⁷ V. Cons. d. St. 21 febbraio 1936.

¹⁹⁸ Cfr. P. ANSELEK, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, Mèl Eisenmann, Cujas 1975, 23; J.P. GILLI, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, D. 1971, 125; T. DEBARD, *L'égalité des citoyens devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative*, D. 1987, 157.

¹⁹⁹ V. CE 21 giugno 1886, Cames, Rec. 509, GAJA n. 6; CE Adunanza Plenaria 6.11.1968, Dame Saulze, Rec., 550 GAJA n. 69, 174; RDP 1969 505; TA de Paris 20 dicembre 1990, Époux B., Rec., 514, in cui fu affrontato il caso di possibile contagio di familiari del personale medico e sanitario che lavorava in contatto con sieropositivi.

²⁰⁰ V. CE 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-La Plaine, Rec., 279, GAJA n. 69.

dei beneficiari di tale risarcimento, richiedendo che la collaborazione riguardi servizi pubblici e sia giustificata da ragioni di urgenza e necessità²⁰¹.

Il Consiglio di Stato, quindi, ha applicato via via tale regime, allorché un servizio pubblico o un'attività amministrativa possa procurare un rischio eccezionale ai terzi²⁰² abitanti nelle prossimità, e ancora in caso di utilizzazione di armi pericolose da parte delle forze di polizia²⁰³ ed, infine, per uso di metodi pericolosi, quali il reinserimento di individui affetti da malattie mentali.

Dunque, di questa forma di responsabilità oggettiva, sorta per tutelare i funzionari ed i collaboratori dell'amministrazione, hanno beneficiato essenzialmente i terzi danneggiati dalla funzione amministrativa.

Gli istituti beneficiano di rilevanti privilegi in ordine al regime di responsabilità, grazie alla legge del 5 aprile 1937 ed all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

In origine l'art. 1384 del codice civile fissava a carico degli istituti una presunzione di responsabilità per i danni provocati dagli allievi «durante il tempo che essi erano sottoposti alla loro sorveglianza».

Questo regime era molto severo, in quanto non doveva essere provato la *faute* dell'istitutore, dovendo quindi lo stesso provare di non aver commesso il fatto.

Già alla fine dell'ottocento con il verificarsi del caso Leblan si manifestò che questa categoria di funzionari versava in una situazione negativa²⁰⁴. A seguito di una campagna in favore degli istituti, fu approvata la legge del 20 luglio 1899, in cui si sostituì la responsabilità dello Stato a quella dell'istitutore allorché il difetto di sorveglianza sia imputabile al funzionario. Per gli istituti la riforma era insoddisfacente, in quanto la sostituzione non valeva in ipotesi di danno provocato da un allievo agli altri allievi ed era limitata alle ore di scolarità obbligatoria con esclusione, quindi, delle attività parascolari.

Per far fronte a tale malcontento, intervenne la legge del 5 aprile 1937, che estese, almeno nelle scuole primarie, la sostituzione dello Stato agli istituti in caso di danni causati agli allievi sia durante l'orario delle lezioni che al di fuori di esso finché erano sottoposti alla sorveglianza degli istituti stessi.

Invero, il Consiglio di Stato non ritenne fossero stati modificati i criteri di ripartizione della giurisdizione, non potendo i tribunali ordinari conoscere le azioni fondate su un danno provocato da un allievo ad un altro o su una "*faute personnelle*" dell'istitutore²⁰⁵.

²⁰¹ V. CE 25 ottobre 1970, Commune de Batz-sur-Mer, Rec., 540: la vittima era affogata nel tentativo di salvare una persona in pericolo mentre faceva un bagno proibito a causa del mare agitato.

²⁰² V. CE 28 marzo 1919, Regnault-Desroziers, S.1918-19, 3, 25; RDP 1919,239, GAJA n. 38.

²⁰³ V. CE 24 giugno 1949, Consorts Lecompte, S, 1949, 3, 61, GAJA n. 74.

²⁰⁴ V. Cons. d. St. 23 gennaio 1897, D. 1893-1898: La decisione ha condannato al risarcimento un direttore di scuola, riconosciuto responsabile della morte di uno dei suoi allievi, nonostante il Tribunale avesse ammesso la «sua abituale sorveglianza, la sua onorabilità incontestata».

²⁰⁵ V. Cons. d. St. 4 luglio 1937, Lhomme, R. 557, S. 1938-3-97, concl. Michel.

Tuttavia, i tribunali ordinari non si uniformarono alla massima, dichiarandosi competenti nei casi di danno provocato ad un allievo e quando non vi fosse una correlazione con il servizio²⁰⁶.

Il Tribunale dei conflitti, nel celebre caso Delle Cavillet²⁰⁷, condivise la tesi della integrale competenza della giurisdizione ordinaria, affermando che sussiste la competenza del giudice amministrativo «*sia che il pregiudizio abbia la sua origine in un danno afferente ad un lavoro pubblico sia che trovi la sua causa in un difetto d'organizzazione del servizio pubblico dell'insegnamento*».

Il Consiglio di Stato riaffermò il suo orientamento nelle sentenze Del caso²⁰⁸ e Delle Merlin²⁰⁹.

La dottrina ha plaudito alla posizione del Tribunale dei conflitti sulla competenza dei tribunali ordinari nella materia, in quanto sembra maggiormente conforme alla lettera stessa della legge²¹⁰.

In secondo luogo, la legge 5 aprile 1937 ha ammesso la possibilità di azione di rimborso dello Stato verso l'istitutore "conformemente al diritto comune".

La dottrina è divisa sull'individuazione del giudice competente a conoscere tali azioni.

Vi è infatti chi ritiene che la competenza sia dei tribunali ordinari²¹¹ e chi del giudice amministrativo²¹².

Anche in giurisprudenza le posizioni sono divergenti, in quanto la Corte di Cassazione²¹³ insiste per la competenza del giudice ordinario, mentre il Consiglio di Stato²¹⁴ ed il Tribunale dei conflitti²¹⁵ per quella del giudice amministrativo.

Infine, va osservato che la competenza del giudice amministrativo resta incontestabilmente ferma, allorché si tratti di un difetto di organizzazione del servizio pubblico di insegnamento.

L'altra ipotesi di statuto speciale riguarda i conducenti dei veicoli di proprietà dell'amministrazione per incidenti provocati alla guida.

Sulla materia intervenne la legge 31 dicembre 1957 che ha ripreso dalla legge del 5 aprile 1937 la tecnica della competenza del giudice ordinario e della sostituzione di responsabilità.

²⁰⁶ V. Cass. 22 novembre 1938, S. 1944-1-39.

²⁰⁷ 31 marzo 1950, R. 658; J.C.P. 1950-2-5779 note Vedel; D. 1950-331, concl. Dupuich, in *Rev. Adm.* 1950-261 note Gervais.

²⁰⁸ 17 luglio 1950, R. 4 46.

²⁰⁹ 29 luglio 1950, R. 484.

²¹⁰ Cfr. J.C. MAESTRE, *La responsabilité ...*, cit., 324.

²¹¹ Cfr. M. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, I, Parigi 1951, 5201 ss.

²¹² Cfr. M. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, Parigi 1951, 1, n. 851-854.

²¹³ V. sentenza del 25 marzo 1954, Lohner, D. 1950-400.

²¹⁴ V. sentenza del 28 luglio 1951, Laruelle, cit.

²¹⁵ V. sentenza 26 maggio 1954, Moritz, cit.

Essa, infatti, prevede che le azioni di responsabilità conseguenti ad incidenti debbano essere portati innanzi ai tribunali ordinari e che la responsabilità dell'amministrazione di appartenenza si sostituisce verso i terzi danneggiati a quella del funzionario autore del fatto dannoso.

La nozione di "qualunque veicolo", così genericamente indicata dalla legge citata, è stata oggetto di approfondimento da parte della giurisprudenza, che ha chiarito che per veicolo si deve intendere, non solo qualunque mezzo mobile terrestre²¹⁶, ma anche ogni altro mezzo di trasporto per terra, mare e aria²¹⁷ e ogni mezzo mobile di lavoro, come le draghe, le gru, i rulli compressori, ecc.²¹⁸.

Va poi osservato che la legge del 1957 non prevede espressamente un'azione di rivalsa dell'amministrazione verso il funzionario autore del danno, ma non c'è alcun dubbio che, in applicazione dei principi generali, le amministrazioni dispongano di tale facoltà.

8.2. *Il modello spagnolo*

Già prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, la legislazione ordinaria spagnola disciplinava organicamente la materia della responsabilità nell'esercizio di compiti amministrativi.

L'art. 106, comma 2, del testo costituzionale²¹⁹ non fa altro che riaffermare i principi già fissati dalla Ley de Expropación Forzosa del 1954 negli artt. 121 ss. e dalla Ley de Règimen Jurídico de la Administración del Estado del 1957 negli artt. 40 ss.

E proprio la Ley de Expropación Forzosa aveva introdotto una forma di responsabilità dell'amministrazione disciplinata in maniera distinta ed autonoma rispetto al codice civile.

Nell'impostare una siffatta identità speciale della responsabilità in parola, si era inteso nel contempo negare una sua eccezionalità, nel senso di deviazione dall'impianto della comune responsabilità civile, evidenziando testualmente, nell'art. 133, comma 2, del suo regolamento di attuazione, l'intenzione di non discostarsi dai principi generali del diritto comune, come viene esplicitamente affermato.

Lo scopo di questa forma di responsabilità era di garantire ai cittadini, lesi da azioni od omissioni dei funzionari, che l'amministrazione di appartenenza di que-

²¹⁶ V. Tribunale civile di Valognes, sentenza 16 ottobre 1958, D. 1959, Som. 13, che giustifica tale interpretazione con riferimento ai lavori preparatori della legge e soprattutto all'art. 1 della legge stessa che si riferisce unicamente alle disposizioni del diritto civile e non del più ampio diritto privato.

²¹⁷ Cour de Rouen, sentenza del 3 marzo 1960 e Tribunale dei conflitti sentenza del 14 novembre 1960.

²¹⁸ Tribunale dei conflitti, sentenza del 14 novembre 1960.

²¹⁹ Che dispone: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

sti rispondesse comunque, a prescindere dall'elemento psicologico.

In tal modo la responsabilità dell'amministrazione è costruita come oggettiva e diretta, senza pregiudizio di una azione di regresso verso il funzionario effettivamente responsabile²²⁰.

Viene, nondimeno, specificato nel seguente art. 122, comma 1, della stessa legge, in linea con il diritto civile, che "danno risarcibile" era da intendersi solo quello effettivo, economicamente valutabile e facente capo ad un determinato soggetto, individuale o collettivo.

Il regolamento di attuazione poi si preoccupa all'art. 131, comma 1, di chiarire che tale forma di responsabilità non riguarda solo la materia espropriativa, cui è diretta in via principale la legge stessa, ma abbia l'attitudine ad un'applicazione generalizzata a tutte le ipotesi di danno inferto ai privati dal comportamento di funzionari.

La legge del 1954 mantiene la ripartizione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa in base alla natura dell'attività produttrice di danno²²¹.

Infatti, sono rimesse al giudice ordinario le ipotesi di responsabilità conseguenti ad atti c.d. di gestione, scaturenti cioè dall'attività privatistica, mentre ai giudici del contenzioso amministrativo quelle conseguenti all'azione discrezionale dell'amministrazione stessa, per i c.d. atti d'imperio.

Sopraggiunse nel 1956 la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), che concentrò tutte le materie di responsabilità *de qua* presso la giurisdizione del contenzioso amministrativo.

Ma, già nel 1957, entrava in vigore la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, che affidava ai tribunali ordinari la competenza in materia di responsabilità derivante da attività privatistica intrapresa dall'amministrazione dello Stato²²².

²²⁰ L'art. 121 di detta legge stabilisce che «Darà también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que l'Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

²²¹ Cfr. L.M. REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España*, in L. BARNÉS (a cura di), *Propiedad, Expropiación y responsabilidad*, Andalucía, 1999, 815 ss.

²²² Essa in particolare all'art. 40 recitava: «1.Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

2. En todo caso, el dano alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Nel successivo art. 41 si affermava: «Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los danos y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

Inizialmente, tale giurisdizione era limitata allo Stato, ma fu ben presto estesa implicitamente nel 1985 agli altri enti pubblici dall'art. 54 della legge regolatrice "de la Bases de Regimen Local".

Quindi, veniva emanata nel 1992 la Ley de Règimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Comùn (LAP), n. 30/1992, cui seguiva il relativo regolamento di attuazione approvato con r.d. 26 marzo 1993, n. 429²²³.

Da questa stratificazione legislativa ne è derivato un sistema unitario estensibile a tutte le amministrazioni e comprendente l'intera attività amministrativa, sia di diritto che di fatto, derivante da condotta commissiva od omissiva.

Si configura così una responsabilità diretta dell'amministrazione per i danni provocati dai propri funzionari, cui è connessa un'azione di regresso nei confronti di costoro, nei casi in cui il funzionario abbia agito con dolo o colpa grave, nonché a carattere oggettivo in quanto prescinde dall'elemento psicologico e trova applicazione in relazione ad ogni ipotesi di danno.

Si prevede nel contempo un vincolo di solidarietà tra più amministrazioni nel caso in cui il danno sia frutto del concorso tra di esse, nonché un criterio di determinazione del danno fondato sul valore venale di mercato, con aggiunta di interessi e rivalutazione monetaria.

La caratteristica fondamentale del sistema spagnolo di responsabilità *de qua*, peraltro limitata alla sola amministrazione, è la sua natura oggettiva, in quanto si prescinde dall'elemento psicologico della colpevolezza²²⁴.

Questa impostazione è considerata avanzata, in quanto si ispira all'esigenza di

²²³ In particolare l'art. 139 di tale legge prevedeva testualmente: «1. Los particulares tendràn derecho a ser indemnizados por las Administraciones Pùblicas de toda lesiòn que sufran en qualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesiòn sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios pùblicos.

2. En todo caso, el dano alegado por los particulares habrà de ser efectivo, evaluable econòmicamente e individualizado con relaciòn a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Pùblicas indemnizaràn a los particulares por la aplicaciòn de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que èstos no tengan la obligaciòn de soportar, cuando asì se establezca en los propios actos legislativos y en los tèrminos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administraciòn de Justicia se regirà la Ley Orgànica del Poder Judicial».

²²⁴ In una sentenza isolata di una antica Audiencia Territorial si afferma che il dolo o la colpa è «l'elemento [...] indispensable para que la actuaciòn administrativa deba estimarse ilícita jurìdicamente»; però la stessa è stata modificata in appello dal Tribunal Supremo n. 3109 del 16 maggio 1984, secondo cui «siendo cierto que la responsabilidad de la Administraciòn por funcionamiento de los servicios pùblicos no requiere la intervenciòn de dolo o culpa, debe en tal sentido entenderse corregida la afirmaciòn de la Sentencia de instancia par, a continuaciòn, remitir a la màs apropiada cuestiòn de la relaciòn de causalidad». Il Tribunal Supremo nel confermare l'esclusione dell'elemento psicologico si preoccupa di moderare il risarcimento per aver la vittima concorso colposamente alla determinazione del danno.

protezione sociale, già presente in altre ipotesi di responsabilità c.d. “speciali”²²⁵.

Sia la dottrina che la giurisprudenza, al fine di compensare la mancata considerazione della colpevolezza, hanno finito per occuparsi maggiormente dell’analisi dell’elemento oggettivo dell’illecito, ed in particolare negli aspetti della lesione e del rapporto di causalità²²⁶; in tal modo si è ritenuto di poter definire con precisione l’ambito di questa responsabilità, evitando una sua eccessiva incontrollabile espansione.

Il pregiudizio risarcibile non può non consistere in un “danno ingiusto”, intendendo per tale quello che il cittadino non è tenuto a sopportare in mancanza di cause di giustificazione del comportamento dell’autore. È chiaro che tali cause di giustificazione, ponendo eccezionalmente limiti alla tutela del privato, debbano essere previste espressamente dalla legge, sì da escludere l’antigiuridicità del comportamento dannoso e, quindi, la sua forza lesiva.

Il danno in tal modo prodotto, come anticipato, deve essere effettivo, economicamente valutabile e personale.

L’effettività del danno comporta naturalmente che esso debba essere rigorosamente provato nella sua esistenza oggettiva ed attuale, con esclusione dei danni potenziali e futuri, i quali possono trovare accoglimento nei limiti del lucro cessante.

Il danno deve essere anche individualizzato, nel senso che esso deve afferire ad una o più persone fisiche, singolarmente o collettivamente intese; ne consegue che restano esclusi i danni provocati indifferenziatamente ad una collettività di cittadini (c.d. interessi diffusi), come nel caso di cambio del regime dei prezzi o di tariffe.

La sua valutabilità economica pone in luce come esso sia configurabile rispetto a qualunque bene o diritto, e comprenda i danni patrimoniali, siano essi di natura materiale che personale, e financo i danni morali.

L’inclusione del danno morale come danno indennizzabile fu ammessa con difficoltà e ritardo dalla giurisprudenza contenzioso-amministrativa, a causa della rigorosa tradizione civilistica e penalistica.

La prima ammissione di danni morali da parte del Tribunale Supremo risale al 1975²²⁷ che confermava la sentenza dell’Audiencia Territorial de Granata²²⁸, con riferimento al caso denominato “*los novios de Granada*”, in cui un internato dell’ospedale psichiatrico provinciale, dopo aver rotto una finestra, si era lanciato

²²⁵ Cfr. G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 20, secondo cui, con riferimento al sistema francese, sussiste spesso «un conflitto tra l’aspirazione [...] alla sicurezza sociale e le resistenze alla concezione consolidata di illecito [...]».

²²⁶ Cfr. V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, I, 142 ss., in cui si osserva che la colpa non costituisce ormai l’unico criterio di collegamento della responsabilità.

²²⁷ V. SSTS sentenza del 12 marzo 1975, n. 1798.

²²⁸ V. sentenza del 21 gennaio 1971.

nel vuoto cadendo su di un gruppo di ragazzi che passavano di lì, con conseguente morte del giovane.

La sentenza di primo grado aveva riconosciuto i danni morali per riparare i parenti, sostenendo «tampoco cabe ignorar la lesion moral, pena que produce la pèrdida de un ser querido entre los familiares y las personas en trance de serlo, cuyo dolor puede y debe ser objeto de un demnizaciòn econòmica a modo de pecunia doloris que por via indirecta conpense la desaziòn espiritual sufrida [...]»²²⁹.

Il Tribunale Supremo ebbe quindi a confermare il diritto a tale riparazione, «*prescindiendo de toda estimaciòn en orden a la valoraciòn del (dano) puramente moral*»²³⁰.

Tuttavia, solo nel 1977, a partire da una famosa Sentenza del Tribunale Supremo²³¹, si cominciò ad ammettere in via tendenziale il risarcimento dei danni morali con riferimento alle lesioni e alla morte della vittima.

La sentenza del Tribunale Supremo del 1977 fu più decisa nell'ammettere i danni morali nel caso di un incidente avvenuto a causa della caduta di un albero su di un veicolo nel quale viaggiava una famiglia, provocando così non solo la morte di alcuni passeggeri, ma anche la perdita del feto di una donna incinta come danno morale.

Perché si possa configurare una responsabilità in capo all'Amministrazione c'è bisogno che il fatto dannoso sia imputabile ad essa sulla base di un nesso di causalità.

L'imputazione implica che il servizio o la persona che causi il danno sia inserito nell'amministrazione di cui si tratta.

Questa incardinazione non crea problemi quando il danno deriva anonimamente da un servizio amministrativo o personalmente da un funzionario nell'ambito dei suoi compiti istituzionali.

In questo caso, in particolare, l'Amministrazione si accolla il peso economico riferentesi al funzionario, senza pregiudicarsi una successiva azione di rivalsa, quando colui che abbia causato il danno abbia agito con colpa o negligenza grave.

La copertura dell'amministrazione si riferisce a chiunque eserciti funzioni pubbliche, non solo ai funzionari impiegatizi in senso stretto, ma anche, in senso lato, a chiunque eserciti una funzione pubblica e sia inserito nell'organico dell'amministrazione. Si pensi alle autorità politiche, al personale operaio e a contratto.

²²⁹ «La lesione morale, pena que produce la perdita di un parente amato per i familiari e le persone in procinto di diventarlo, per cui il dolore può e deve essere oggetto di un indennizzo di carattere economico come pecunia doloris che in via diretta compensa la pena morale sofferta».

²³⁰ «A prescindere da tutta la stima in ordine alla valorizzazione del danno semplicemente morale».

²³¹ V. SSTS. del 26 settembre 1977, n. 3545.

Quanto a questi ultimi, la dottrina ritiene che non si debba distinguere tra coloro che sono legati da contratto di diritto privato e di diritto amministrativo, comprendendo anche i concessionari di servizi pubblici e i privati esercenti una funzione pubblica come notai, corrieri di commercio, tassisti, addetti ai porti, ecc.²³²

Una posizione differenziata è riservata però ai concessionari ed ai contrattisti non integrati nell'organizzazione amministrativa, dall'art. 121, comma 1 e 123 LEF, dall'art. 134 del Regolamento Generale della contrattazione e dall'art. 1, comma 3, del R.D. 20 marzo 1993, n. 429.

Secondo queste disposizioni il risarcimento è a carico dello stesso concessionario o contrattista differenziato, «salvo en el caso de que el dano tenga su origen en alguna clàusula impuesta por la Administraciòn al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por èste» (art. 121, comma 2, LEF).

Nel medesimo senso, relativamente ai contrattisti differenziati, la responsabilità viene addossata all'amministrazione quando i danni siano conseguenza «*de una orden directa e inmediata de la Administraciòn o de los vicios del proyecto elaborado por elle misma*» (art. 134 del Regolamento Generale della contrattazione e art. 1, comma 3, del R.D. 20 marzo 1993, n. 429).

In una prima fase è la stessa Amministrazione a dover decidere in via amministrativa se addossarsi o meno il risarcimento; in seguito gli interessati insoddisfatti possono adire la via contenzioso-amministrativa per la definizione del soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria.

Secondo questa concezione l'obbligo risarcitorio fa in generale capo al concessionario o al contrattista, salvo il caso in cui il danno abbia la sua origine in una clausola imposta dall'amministrazione al concessionario e che sia impossibile esimersi dall'eseguirlo.

Allo stesso modo, per il contrattista, l'art. 134 del R.D. n. 429/1992 vincola la responsabilità dell'amministrazione all'ipotesi in cui i danni siano conseguenza di «un ordine diretto ed immediato dell'amministrazione o di un progetto elaborato per la stessa».

Si prevede, dunque, un'azione arbitrale dell'amministrazione contro la quale è ammesso reclamo alla stessa amministrazione su cui decide a seguito di una procedura di risarcimento, lasciando comunque aperta la via del contenzioso amministrativo cui si potrà ricorrere, come nel caso particolare del concessionario o contrattista, ove l'amministrazione arrivi alla conclusione che sono codesti a dover pagare²³³.

L'art. 41 della LRJAE esime da responsabilità l'attività dello Stato «in relazione al diritto privato», intesa come attività di carattere industriale realizzata attraverso enti creati *ad hoc*²³⁴. In base a questa disposizione si esclude la copertura e

²³² In relazione a questi ultimi casi si vedano in giurisprudenza: SSTS del 26 febbraio 1982, n. 1686 e del 20 settembre 1983, n. 448/1984.

²³³ V. Sentenza del Tribunale Supremo del 25 gennaio 1992.

²³⁴ Appare chiaro che ciò significa che il procedimento di esistenza di questa responsabilità è

l'imputazione all'amministrazione delle attività prettamente private esercitate dai funzionari pubblici che non abbiano attinenza con il loro servizio, anche se in alcune occasioni si è affermata l'impostazione generale nel caso in cui quei funzionari che sono tenuti a rispettare le regole pedissequamente e che sono permanentemente in servizio, come i funzionari di pubblica sicurezza e le forze di sicurezza in genere, causano danni, per esempio, con un'arma di ordinanza.

Così l'art. 4, comma 4 della legge 4 dicembre 1978, n. 55, sulla Polizia, stabilisce che i corpi di pubblica sicurezza dello Stato si considerano in servizio permanente.

Questo principio è stato sostituito dall'art. 5, comma 4, della legge organica 13 marzo 1986, n. 2, sulle forze e corpi di sicurezza, che si riferisce all'impegno professionale di questi funzionari disponendo che «essi dovranno seguire i loro compiti con totale dedizione, dovendo sempre intervenire, in qualunque tempo e luogo, se siano o meno in servizio, in difesa della legge e della sicurezza civile».

L'art. 5, comma 6, della stessa legge, inoltre, dispone che i funzionari di codesti corpi «sono responsabili personalmente e direttamente per le azioni che gli stessi compiranno infrangendo le norme legali, così come i regolamenti professionali ed i principi precedentemente esposti, senza pregiudizio patrimoniale di responsabilità che potrà essere corrisposto direttamente all'amministrazione pubblica per la stessa».

Da tutto ciò si desume che il collegamento decisivo per l'imputazione del danno all'ente pubblico è il servizio permanente; con l'evidente conseguenza che non si applica tale disposizione, allorché l'evento delittuoso è provocato da un agente pubblico che non si trova a svolgere il servizio (es. di polizia) che gli è proprio²³⁵.

La formula di imputazione utilizzata dal legislatore spagnolo è molto ampia, includendo tanto i danni materiali provocati direttamente in via lecita quanto quelli provocati in via illecita (tutti i danni susseguenti causati da atti amministrativi dichiarati in un secondo momento illegittimi: revoche di licenza, dichiarazione di rovina, sospensione di opere, chiusura di stabilimenti etc. ...).

Include tanto il danno causato da una persona ben identificata quanto il danno provocato da un anonimo, imputabile quest'ultimo all'amministrazione che lo gestisce: questi ultimi casi individuati dalla dottrina, quali ad esempio la interruzione di un'opera o il malfunzionamento di un servizio, per il cattivo stato delle strade o per difetto nelle segnaletiche.

L'imputazione per omissione, inattività o ritardo dell'Amministrazione, pone notevoli problemi in dottrina ed in giurisprudenza.

quello ordinario della responsabilità dell'amministrazione, anche se non così evidente quanto il regime sostanziale sia il regime pubblico della responsabilità.

²³⁵ Cfr. F. SOTO NIETO, *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, in *Gobierno y administración en la Constitución*, IEF, II, Madrid 1988, 1824 ss.

In qualche caso, ove sono esaminate delle lesioni verificatesi a causa dell'intervento delle forze dell'ordine, si allude alla previsione politica di non adottare misure che non siano proporzionate al fatto, come nel caso esaminato nella STS 18 dicembre 1985 nel quale si sono verificate due morti ovvero la manifestazione nella quale si produssero dei danni nella STS 28 ottobre 1986.

L'omissione e l'inattività sono alla base di alcune sentenze scaturite da incidenti per difetto di segnaletica o per il cattivo stato delle strade.

L'omissione è ugualmente presente nelle sentenze che si riferiscono all'espletamento del dovere di ispezione e di polizia urbana, poteri che afferiscono all'Amministrazione municipale; la sentenza condanna lo Stato, sorprendentemente, per l'inattività dimostrata nel non obbligare i lavoratori portuali a provvedere ad un'operazione di carico che se non effettuata avrebbe prodotto un pregiudizio al destinatario²³⁶ o una ancora più insolita, nella quale si concede il risarcimento (più di 100 milioni di *pesetas*) per l'invasione di una concessione marina da parte di una moltitudine, imputando i danni allo Stato per "*deviazione assoluta di autorità*" ed "*inazione*" – dice la Sentenza – della guardia costiera per il fatto che non aveva impedito l'invasione²³⁷.

Tutti questi casi ed altri simili pongono due questioni connesse alla responsabilità dell'amministrazione: quella del nesso di causalità e quello del minimo criterio di funzionamento previsto dalla legge.

La teoria tradizionale sostiene che il ritardo nell'azione non può essere causa di responsabilità patrimoniale diretta, se una legge non annovera espressamente questa quale conseguenza²³⁸.

Successivamente, si è ammessa la responsabilità in ipotesi in cui il ritardo è causa diretta della produzione di un danno o ne è conseguenza necessaria.

Così è stata riconosciuta la responsabilità per ritardo dell'amministrazione, pur in presenza di un ordine di demolizione, giustificato dalla violazione delle disposizioni aeronautiche, di un albergo in costruzione avanzata, in quanto si è ritenuto che il pregiudizio era stato aumentato a causa dell'inerzia per il mancato servizio di ispezione²³⁹.

In altri casi c'è un esplicito riferimento al tardivo intervento dell'Amministrazione²⁴⁰, specie se ci si riferisce al ritardo nel rilascio di licenze urbanistiche²⁴¹.

L'art. 240 dell'attuale testo della legge sui suoli del 26 giugno 1992 menziona precisamente, in forma espressa, il ritardo ingiustificato nell'ottenimento di licenze urbanistiche, come causa di responsabilità.

²³⁶ V. STS 2 febbraio 1982, n. 536.

²³⁷ V. STS 16 settembre 1983, n. 4498.

²³⁸ V. STS 5 luglio 1972, n. 4874.

²³⁹ V. STS 25 gennaio 1974, n. 657.

²⁴⁰ V. STS 23 settembre 1983, n. 4618.

²⁴¹ V. STS 25 giugno 1973, n. 2877 o con carattere molto più ampio STS 30 marzo 1981, n. 1431.

Le responsabilità per omissione ed inattività rappresentano un problema a causa della mancanza di regole e parametri di riferimento.

Si possono prendere in considerazione le regole di gestione derivate dalla Scienza dell'amministrazione per determinare, ad esempio, quale sia il tempo medio, in funzione della città e dei servizi, per l'intervento della polizia; oppure, questi riferimenti possono essere fissati dal legislatore ovvero da regolamenti *ad hoc* interni al servizio.

Nel primo caso il titolare del potere legislativo stabilisce come debba comportarsi la pubblica amministrazione; nel secondo è l'Amministrazione che può auto-regolamentarsi.

Si contribuisce così a fissare criteri, anche se questi non siano rigidi ed automatici.

In assenza di principi o regole simili il sistema può determinare un'incertezza e portare a soluzioni contraddittorie.

In alcuni casi si è fatta derivare la responsabilità in capo all'amministrazione a prescindere dall'esistenza o meno di uno scorretto, tardivo o inesistente, funzionamento del servizio.

Ancora, si è recentemente fatta derivare la responsabilità dello Stato per omissione o ritardo a seguito dell'esplosione di una bomba collocata da terroristi che ha prodotto morti e feriti.

Dal quadro ricostruito emerge, da un lato, che la società e lo Stato che la rappresenta si fa carico di alleviare economicamente i soggetti che abbiano subito un danno; però, dall'altro, ciò finisce per snaturare l'istituto della responsabilità trasformandola in una forma di assistenza.

In particolare, si prevede una normativa specifica (R.D. del 19 giugno 1992, n. 673) per gli indennizzi alle vittime delle bande armate e di attentati terroristici – che dottrina e giurisprudenza collocano non nella sfera del regime generale della responsabilità dell'amministrazione.

Sulla stessa linea sono le previsioni della legge 26 dicembre 1984, n. 52, per l'indennizzo agli stranieri che subiscono un danno ai loro veicoli di trasporto di merci o di passeggeri per azioni violente ed indiscriminate.

Tali previsioni si fondano sull'idea che si tratta di ipotesi non altrimenti riconducibili alla nozione di responsabilità, a meno che non si generalizzi la responsabilità per omissione.

La dottrina dubita, tuttavia, che questa operazione sia ammissibile, in quanto non esistono i criteri minimi dell'attuazione amministrativa²⁴².

²⁴² Cfr. L.M. REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España*, cit., 830: «Entiendése bien mi posición. No soy partidario de la exoneración generalizada de la Administración. Antes al contrario, soy favorable al principio de responsabilidad como elemento coadyuvante al buen funcionamiento de los servicios públicos y como instrumento sancionador de una Administración incumplidora de sus propias normas. Pero, dicho esto, tampoco soy partidario de un principio de responsabilidad universal ilimitado. Tiene que haber límites. Y es mejor que esos límites estén si no definidos del todo, si predefinidos par la norms. Sobre todo en el caso del funcionamiento anormal, que es, a mi juicio, el supuesto prioritario».

Per aversi responsabilità dell'amministrazione pubblica è necessario che sussista un nesso di causalità tra il fatto od atto amministrativo determinante il danno e questo stesso.

La definizione del nesso causale è una questione essenziale nel sistema della responsabilità specie se oggettiva, in quanto, in mancanza di un rilievo dell'elemento psicologico della colpevolezza, costituisce l'unico limite riscontrabile.

La causalità è, per questo, un tema chiave in tutto il sistema della responsabilità oggettiva, tanto che lo stesso Tribunale Supremo ha oscillato tra il rigore e la clemenza, fino a rinvenire una linea uniforme nell'applicazione della giustizia del caso concreto.

La teorica tradizionale ed inizialmente maggioritaria esige un nesso di causalità diretto, immediato ed esclusivo, tanto che la partecipazione della vittima nella produzione del danno e il fatto di un terzo finivano per esonerare l'amministrazione da qualsiasi tipo di responsabilità.

Tuttavia, è ancora possibile riscontrare questa impostazione in sentenze relativamente recenti nelle quali si afferma, per esempio che la condotta intenzionale, illegale e negligente, della vittima esonera l'Amministrazione²⁴³.

La giurisprudenza, però, ha abbandonato ben presto questa teoria tradizionale, che riteneva necessaria la causalità diretta, immediata ed esclusiva, ritenendo sufficiente, invece, la causalità indiretta, mediata e concorrente.

Tale evoluzione risale alla nota sentenza del 16 novembre 1974 che condannava lo Stato a pagare un indennizzo per una notizia diffusa dalla televisione spagnola, allora servizio pubblico centralizzato, in conseguenza della quale vari cittadini spagnoli furono vittime di rappresaglie e pregiudizi economici in Guiana Equatoriale, nonché una serie di imposte da parte delle autorità di quel Paese.

La successiva giurisprudenza ha ampliato l'impostazione, stabilendo che la relazione di causalità non si interrompe per le azioni di un terzo o della stessa vittima, in modo che l'Amministrazione sia tenuta a risarcire per intero anche il danno non direttamente attribuibile al funzionamento del servizio pubblico.

La rilevanza del nesso causale quale requisito per la configurazione di una responsabilità è maggiore nelle ipotesi in cui con l'amministrazione concorre l'azione di un terzo piuttosto che quando nella produzione del danno partecipi la vittima, eccezion fatta in quest'ultimo caso per il danno prodotto per dispersione operata da parte della forza di pubblica sicurezza ed ordine pubblico²⁴⁴.

²⁴³ In tal senso si veda le sentenze SSTS del 4 luglio 1980 (arc. 3410), 6 febbraio 1982 (arc. 885), 14 dicembre 1983 (arc. 6950) e del 15 maggio 1984 (arc. 2980).

²⁴⁴ Cfr. L. BARNÉS (a cura di), *Propiedad, Expropiación y responsabilidad*, Andalucía, 1999, 832 «en el segundo suesposto, esto es, la admisión de responsabilidad de la Administración a pesar de la cunorrenzia de la victima en los daños producidos por la accion de las fuerzas de seguridad, el TS realiza hoy con frecuencia – aunque no siempre – una ponderacion de la actividad policial, de modo que si ese actuacion fue ilegal, incorrecta, excesiva, imprudente o desproporcionada no exonera a la Administracion la conducta, incluso ilegal, del dañado, con la conclusion indemnizatoria, aunque la existencia de la mencionada causa cocurrente puede matizar su cuantia. Lo contrario

Il concorso di cause giustifica qui la distribuzione del risarcimento nella misura corrispondente alla comprovata partecipazione nella realizzazione dell'evento dannoso. Le difficoltà nella prova *de qua* provoca, però, risultati spesso aleatori.

Quando c'è il concorso dell'amministrazione con la vittima è sufficiente una riduzione proporzionale dell'entità del risarcimento, mentre quando v'è concorrenza tra azioni dell'amministrazione e di un terzo, il danneggiato, in ragione della solidarietà che astringe i coautori, può rivolgersi all'amministrazione per ottenere la totalità del risarcimento.

In tale ultimo caso la distribuzione del peso economico del risarcimento è rinviato ad un momento successivo alla condanna dell'amministrazione, attraverso l'azione di regresso, di cui questa dispone.

Il suddetto criterio della solidarietà, peraltro, richiamato dalla legge n. 30/1992 (LAP)²⁴⁵, consente di risolvere allo stesso tempo una delle questioni più dibattute che l'istituto della responsabilità pone nella pratica, cioè il problema della giurisdizione.

Si evita così l'escamotage pratico, di cui si servono spesso i danneggiati, consistente nell'intentare un'azione congiunta innanzi ai Tribunali civili contro l'amministrazione e le persone fisiche o giuridiche, della cui attività non può conoscere la giurisdizione contenzioso-amministrativa.

Tale soluzione, peraltro in contrasto con la lettera dell'art. 154, comma 2, della legge di Ingiunzione Civile (LEC), è idonea a consentire abusi, mediante l'artificio di rivolgersi ai terzi congiuntamente all'amministrazione per incardinare la giurisdizione civile²⁴⁶.

Infine, va osservato che, mentre la forza maggiore interrompe la relazione di causalità e, quindi, la configurazione della responsabilità, il caso fortuito non possiede tale efficacia.

Ciò in quanto, sebbene entrambi gli istituti si riferiscano ad un evento indeterminabile ed imprescindibile, il caso fortuito si risolve in un avvenimento interno

“sería tanto como admitir que ante una situación ilícita creada por un ciudadano la Administración puede emplar toda clase de medios”, dice la STS de 18 de enero de 1982 cuya doctrina reitera, entre otras, la STS de 11 de octubre de 1984, Entre las dos pasturas extremas – exoneración de la administración si la causa no es exclusiva, e indemnización toda ella a cargo de la administración a pesar de la concurrencia de causas – el TS ha sostenido también, como digo, una postura más matizada según la cual la concurrencia del hecho de un tercero o la acción de la víctima no rompen el nexo causal pero modulan, matizan y producen una compensación en la indemnización atendiendo a la prueba practicada, pudiéndose no obstante llegar a la exoneración si las causas ajenas a la Administración son las realmente determinantes del daño. Se podrán citar bastantes sentencias en esta línea, que parece la más razonable y la auspica también por la mayoría de la doctrina: desde las de 11 de octubre de 1981 de 21 de mayo de 1984, 7 de julio de 1984, 20 de diciembre de 1988, hasta la de 4 de junio de 1991, entre otras».

²⁴⁵ «Quando della gestione derivante da formule collegiali di attuazione tra varie pubbliche amministrazioni scaturisca responsabilità nei termini previsti dalla presente Legge le amministrazioni interessate risponderanno in forma solidale».

²⁴⁶ Cfr. F. PANTALEON, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid 1985, 105 ss.

al servizio *de quo*, mentre la forza maggiore consiste in un avvenimento naturale esterno o comunque estraneo al servizio, come ad es. un fulmine, un terremoto o una inondazione eccezionale.

Una delle particolarità del sistema spagnolo di responsabilità nel settore pubblico è di tendere ad un pieno risarcimento di tutti i danni derivati da una qualunque attività o operazione amministrativa tesa al funzionamento dei servizi pubblici.

L'analisi della giurisprudenza sulle modalità di accertamento del danno risarcibile pone in evidenza come i tribunali, in caso di lesioni non facilmente quantificabili, si determinino sulla base di presunzioni estimative per approssimazione in funzione degli elementi probatori, mentre nella valutazione di danni non patrimoniali finiscano per utilizzare sempre criteri arbitrari.

Si allude a volte alla necessità di pagare un valore di sostituzione, che nel caso contemplato (demolizione illegale di una casa) consisterebbe nella «quantità necessaria per l'edificazione dell'immobile demolito con caratteristiche analoghe per categoria, superficie servizi e situazione», secondo un criterio realistico e adattato alle circostanze di luogo, tempo e tipo di costruzione», con aggiunta dei benefici perduti e degli interessi di mora²⁴⁷.

Il risarcimento è comprensivo generalmente sia del danno emergente che del lucro cessante, sebbene quest'ultimo a volte non è riconosciuto in ragione della difficoltà di provare l'effettività di danni del genere, assimilabili a quelli futuri o potenziali, salvo l'utilizzazione di valutazioni di tipo equitativo.

Lo stesso criterio discrezionale risulta indispensabile laddove la prova dell'entità dei danni risulti impossibile.

In un caso emblematico, a fronte di una richiesta risarcitoria per l'arredo distrutto avanzata dalla ricorrente – dopo la demolizione di un edificio del quale era affittuaria e in cui aveva installato un bar – si è ritenuto di dover applicare la valutazione equitativa, in quanto «è necessario tener presente che l'indole unilaterale e la forma occulta con cui il Comune realizzò la demolizione rendono impossibile una precisa determinazione dei mobili e degli arredi distrutti», situazione che porta alla stima prudenziale da parte del giudice²⁴⁸.

Invero, l'art. 141, comma 2, LAP ha introdotto alcuni criteri generici per calcolare l'indennizzo con riferimento a quelli predisposti dalla legge di espropriazione forzata e della legislazione fiscale.

Cercando, nonostante ciò, di trovare un criterio approssimativo dedotto dalla pratica giurisprudenziale si può dire che quando l'imputazione è per colpa o negligenza, cioè per un funzionamento anormale dei servizi, i tribunali sono più inclini ad aumentare l'indennizzo e ad ammettere il lucro cessante, specie quando la vittima ha contribuito in qualche modo al risultato dannoso. Inoltre si ammette nella relazione di causalità la concorrenza di cause (non più di colpe, trattandosi

²⁴⁷V. Sentenza del Tribunale Supremo del 3 febbraio 1984, n. 1021.

²⁴⁸V. sentenza del Tribunale Supremo del 5 ottobre 1984, n. 5684.

di un sistema obiettivo di responsabilità), realizzandosi così un criterio di diminuzione del risarcimento in proporzione all'azione della vittima stessa.

Nel caso di danni materiali risulta decisiva la prova dell'importanza del danno o, almeno, la determinazione dei criteri necessari per individuarla.

L'art. 6 del R.D. 26 marzo 1993, n. 429, con il quale, sotto il vigore della LAP, si approva il Regolamento dei procedimenti in materia di responsabilità, dispone al proposito che nel ricorso si devono indicare analiticamente le lesioni prodotte, il rapporto di causalità e la valutazione economica della responsabilità, se fosse possibile, accompagnando « quanti allegati, documenti e informazioni si stimino opportuni » e « la proposta di prove, limitandosi ai mezzi di cui pretenda valersi il ricorrente ».

L'art. 9 di questo stesso Regolamento disciplina le modalità di assunzione delle prove del danno.

Più complesso è determinare la riparazione nei casi di morte, lesioni corporali ovvero di danni morali. Quanto a questi ultimi, in alcune situazioni si ritiene che possa bastare, come succede in altri Paesi, una condanna simbolica, che però non è di frequente utilizzo in Spagna.

Quanto ai danni morali puri appare interessante esaminare una vicenda giudiziaria²⁴⁹.

È utile una brevissima ricostruzione dei fatti: in particolare si verificò il crollo di un padiglione del cementificio municipale, a causa del quale non fu possibile identificare il fratello deceduto della ricorrente, che ne affermava la scomparsa contrariamente alla tesi del Comune che negava il diretto coinvolgimento della vittima nell'incidente. Il risarcimento riconosciuto era limitato ai traumi psicologici che la ricorrente riportò e che furono provocati dalle successive identificazioni che dovette fare la ricorrente.

La giurisprudenza non è riuscita ad elaborare dei criteri uniformi e fissi al fine di quantificare il risarcimento del danno, richiamando a volte orientamenti utilizzati dalla giurisprudenza, civile o penale, come la situazione lavorativa della vittima, la sua età, le sue condizioni economiche e professionali ed il suo stato di famiglia²⁵⁰, ovvero altre formule quali la capitalizzazione dell'interesse legale del danaro risultante dalla differenza tra il salario e la pensione sociale o simili.

Il nuovo regolamento vigente, contenuto negli artt. 142 e 143 della LAP e nel R.D. n. 429/1993, prevede attualmente che « Il risarcimento precedente potrà sostituirsi con una riparazione in forma specifica o essere rateizzata in più scadenze [...] », sempre subordinata all'accordo con l'interessato²⁵¹.

²⁴⁹ V. sentenza del 23 settembre 1982, n. 7007.

²⁵⁰ Nella Sentenza del Tribunale Supremo del 18 giugno 1983, n. 4065 si assegnano dieci milioni di pesetas alla vedova del capitano di una petroliera incagliata nella costa del Galles, per il cattivo funzionamento dei servizi di cartografia che non segnalavano l'esistenza di una guglia rocciosa nel mare.

²⁵¹ Cfr. D. CORAPI, *Uno statuto dell'impresa per i paesi del Mercosur*, in *Riv. dir. commerciale*, I, 1996.

È evidente che, in questo modo, si è determinata una grande incertezza giurisprudenziale, anche con riferimento al connesso problema degli interessi legali²⁵².

Ebbene, anche la nuova legge n. 30/1992, c.d. LAP, in connessione al R.D. 26 marzo 1993, n. 429, ha sollevato ulteriori problemi.

Anche dopo l'entrata in vigore della LAP, allorché l'interessato preferisca rivolgersi direttamente e personalmente al funzionario per il risarcimento, risulta competente la giurisdizione civile con applicazione del regime sostanziale contenuto nel codice civile.

In deroga all'art. 43 della LRJAE²⁵³, l'attuale art. 146, comma della LAP stabilisce che «La responsabilità civile e penale del personale al servizio delle amministrazioni pubbliche si esigerà come previsto nella legislazione competente», senza possibilità di impedire che il danneggiato opti per quello.

In senso contrario, tuttavia, si osserva²⁵⁴ che la deroga al precedente art. 43 LRJAE supporrebbe l'esclusione di questa possibilità ammessa imperativamente dall'art. 145, comma 1, (sotto il titolo «Responsabilità delle autorità e del personale») che «Per rendere effettiva la responsabilità patrimoniale cui si riferisce il capitolo I di questo Titolo (denominato «La responsabilità della Amministrazione»), i privati esigeranno direttamente dall'amministrazione pubblica corrispondente gli indennizzi per danni e pregiudizi causati da autorità e personale al loro servizio».

Evidentemente si mira a rendere effettiva la responsabilità dell'amministrazione, che copre quella del funzionario, ma da tale normativa non è indispensabile dedurre che si impedisce o proibisce il diretto perseguimento della responsabilità personale al funzionario *ex art.* 1.902 del codice civile²⁵⁵.

Nel caso in cui il danno derivi dall'attività strettamente privata del funzionario, cioè non connessa al servizio, l'unica strada percorribile è quella civile.

Appare interessante esaminare i casi in cui il danno si produca in dipendenza di un'attività delittuosa di un funzionario che è processato o condannato per un reato.

In questi casi sono ipotizzabili tre distinte soluzioni, che devono essere separatamente approfondite.

In primo luogo, può darsi che il Tribunale condanni penalmente e civilmente il funzionario, dato che, secondo l'art. 19 del codice penale, la persona responsabile penalmente per un delitto lo è anche civilmente.

²⁵² Cfr. L. CALVO SANCHEZ, *La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre intereses legales pasivos por demora de las Administraciones Públicas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 125, 1991, 343 ss.

²⁵³ «I privati potranno anche esigere dalle autorità e dai funzionari civili il risarcimento dei danni e pregiudizi che avessero procurato ai loro beni e diritti per colpa o negligenza gravi nell'esercizio dei loro incarichi».

²⁵⁴ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso derecho administrativo*, Pamplona (Navarra), 2011, 405.

²⁵⁵ Cfr. L.M. REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España*, cit., 846.

Secondo l'art. 22 del codice penale, l'amministrazione risulta responsabile civile sussidiaria. Orbene, v'è motivo di ritenere che tale disposizione debba essere letta alla luce dell'allora derogato art. 40 LRJAE, secondo cui l'amministrazione copre direttamente la responsabilità civile del funzionario sempreché l'attività produttrice del danno si incardini e connetta con la prestazione del servizio che era a quello affidato.

In questo modo l'amministrazione risulterebbe responsabile civile diretta, e non solo sussidiaria, come sembra attualmente preveda il precetto penale.

La ragione per cui si auspicava la responsabilità diretta dell'amministrazione in sede penale consisteva nel fatto che, se l'amministrazione rispondeva in forma diretta per qualunque attività del funzionario, non c'era alcuna giustificazione logica nel modificare questo regime allorché la responsabilità non si esige in via amministrativa, ma viene determinata dal giudice penale per una questione di connessione processuale con un reato.

Su questa linea interpretativa il Consiglio di Stato²⁵⁶, ritenendo che sul punto fosse stato derogato l'art. 22 del codice penale dall'anteriore art. 40 LRJAE affermava che era suo dovere «richiamare l'attenzione sulla sostanziale modificazione apportata dalle norme vigenti, in quanto l'amministrazione risponde civilmente in modo diretto e non sussidiario come era previsto in modo meccanicistico dall'art. 22 del codice penale, che deve considerarsi derogato in questo punto determinato».

Tuttavia, questa impostazione ermeneutica non è stata seguita dai tribunali penali, che hanno mantenuto unanimemente il carattere sussidiario della responsabilità civile degli enti pubblici quando interviene un delitto di uno dei suoi funzionari.

Per evitare questi problemi derivati dall'insolvenza del funzionario e del connesso possibile sequestro, in Spagna si sta generalizzando la pratica per cui l'amministrazione stipula per i suoi funzionari polizze di assicurazione privata, che non sarebbero state necessarie sulla base dell'interpretazione proposta e accolta dal Consiglio di Stato.

In secondo luogo, può darsi che il Tribunale condanni penalmente il funzionario senza pronunciarsi sulla responsabilità civile, producendosi così una riserva di azioni.

In tal modo, a seguito della suddetta pronuncia, il danneggiato è abilitato a rivolgersi all'amministrazione per reclamare in via di petizione ordinaria il risarcimento corrispondente e ricorrendo poi, se è sottovalutata la sua istanza, in via di contenzioso amministrativo.

Naturalmente il danneggiato, in questo caso, se vuole, può scegliere di rivolgersi civilmente contro il funzionario responsabile e non contro l'amministrazione.

In terzo luogo, può avvenire che non sia intentata la causa o che il Tribunale penale assolva il funzionario processato.

²⁵⁶ Cfr. parere dell'11 aprile 1962.

Dal momento delle notificazioni decorrerebbe il termine di un anno per reclamare all'amministrazione negli ordinari termini.

A questo punto si rilevano contraddizioni con l'art. 146, comma 2, della LAP²⁵⁷.

Questa disposizione pone non pochi problemi ed è probabile che la pretesa del legislatore avesse di mira ciò che nel 1992 disponeva l'art. 122 del decaduto progetto del codice penale, in cui si parlava di responsabilità diretta della amministrazione e non solo sussidiaria come nell'attuale art. 22 del codice penale; ma nel contempo si obbligava di fatto a due processi innanzi a due organi giurisdizionali distinti, salvo che il danneggiato optasse per reclamare la responsabilità civile in sede penale in forma personale al funzionario e all'autorità di cui si tratta²⁵⁸.

Solo con l'art. 146, comma 2, della LAP si è previsto espressamente, contrariamente al progetto del codice penale, che l'amministrazione non possa essere condannata civilmente, sebbene in forma sussidiaria, in un processo penale, poiché la legge n. 30/1992 non può modificare il codice penale, non trattandosi di una legge organica.

8.3. Il modello britannico

Prima di esaminare la giurisprudenza e la dottrina in merito al modello modello britannico²⁵⁹, è utile premettere che il diritto inglese non contiene un "general principle of liability", assimilabile al "neminem laedere" dei paesi di *civil law*, richiamato nell'art. 2043 del codice civile italiano, ma prevede una puntuale disciplina di numerose figure tipiche²⁶⁰.

Il complesso delle figure di *torts* e, in particolare, quella denominata *negligence* finisce per coprire l'intera area dell'illecito civile²⁶¹, anche se permane

²⁵⁷ «L'esigenza di responsabilità penale del personale al servizio dell'amministrazione pubblica non sospenderà i procedimenti di riconoscimento della responsabilità patrimoniale che si instaurano, né interromperà il corso della prescrizione già iniziato, salvo che l'accertamento dei fatti da parte dell'ordine giurisdizionale penale sia necessario per la fissazione della responsabilità patrimoniale».

²⁵⁸ Cfr. L. M. REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España*, cit., 815 ss.

²⁵⁹ Si veda in generale G.E. ROBINSON, *Public Authorities and Legal Liability* (1923), capitoli 4 e 5; H. STREET, *Governmental Liability*, London 1953, 39 ss.; P.W. HOGG, in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, cit., 247; C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, London 1982; G. BOGNETTI, *Dalla "rule of law" allo Stato amministrativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1975, n. 27, 35 ss.; G. BOGNETTI, *La responsabilità per tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Milano 1963, 289; J. LEVYS, *La responsabilité des puissances publiques en Angleterre*, Paris 1957.

²⁶⁰ Cfr. J.W. SALMOND, R.F.V. HEUSTON, *The law of torts*, London 1907; B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, Oxford, 1994, 96. P.W. HOGG, in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, cit., 255. H. STREET, *Governmental Liability*, cit., 39 ss.

²⁶¹ Cfr. DAVID R., *Sources of Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Tubingen, Boston, London 1984, 47.

una differenza di base costituita dalla fonte della responsabilità.

Infatti, questa non deriva dalla violazione di un generico dovere come quello del *neminem laedere*, ma – almeno nel *tort of negligence* – dalla violazione di un “*duty of care*”²⁶² che, nell’ambito di una relazione esistente tra le parti, grava sull’autore dell’atto nei confronti del danneggiato²⁶³.

In tal senso *negligence* indica una condotta non adeguata allo *standard* richiesto da uno *statute law*²⁶⁴ con violazione di un *duty of care*, ossia di un dovere di attenzione, nei confronti di un altro soggetto che ne viene pregiudicato.

Pertanto, quest’ultimo, al fine di ottenere il risarcimento, deve provare la sussistenza di una siffatto *duty of care* in capo al danneggiante, la violazione di tale dovere di attenzione (*breach of duty*) ed il nesso eziologico tra l’atto ed il danno.

La diligenza richiesta non è fondata su una graduazione, ma sul concetto di *reasonable care*, ovvero sulla diligenza ragionevole imposta dalle circostanze ed accertabile solo dal giudice.

Quest’impostazione risale ad una famosa decisione della *House of Lords*²⁶⁵, in relazione alla quale Lord Wilberforce elabora un interessante discorso sul sorgere di un *duty of care* in capo al danneggiante, ove si riscontri che questo avrebbe potuto ragionevolmente prevedere il verificarsi del danno effettivamente poi realizzatosi.

²⁶² Sul punto R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., 275, in cui l’illustre Autore osserva che il primo tentativo di definire il concetto di *duty of care* si è avuto con la decisione *Donoghue v. Stevenson* da parte della *House of Lords* (1932, A.C. 562 ss.). Lord Atkin ha il merito di aver proposto un criterio generale per individuare i casi in cui dovesse sussistere un *duty of care* in capo al danneggiante: «The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not in jure your neighbour; and the lawyer’s question. Who is my neighbour? Recives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question».

²⁶³ Cfr. J.G. FLEMING 1967, ed. 1969, 25.

²⁶⁴ Il termine *statute* o *statute law* in via di massima indica nel diritto anglosassone la legge scritta contrapposta alla legge non scritta detta *common law*, comprendendo gli *Acts of Parliament*, gli *Order in Council*, gli *statutory instruments, rules ed order* (cioè gli atti di legislazione delegata o di carattere regolamentare), i *by-laws* cioè i regolamenti autorizzati o delegati, gli atti di natura legislativa emanati dall’autorità regia anche prima dell’attività del Parlamento, quale che sia la loro denominazione. Sul rapporto tra *common law* e *statutes* v. C.K. ALLEN, *Law in the Making*, 7 ed., Oxford, 1964; R. DAVID, *Sources of Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Tubingen, Boston, London, 1984, 47; R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 3 ed., it., Padova, 1980; U. MATTEI, *Il modello del common law*, Torino 2014, 135 ss.; G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano 1981. Sui poteri di interpretazione degli *statutes* da parte della giurisprudenza v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO nella presentazione di U. MATTEI, *Il modello del common law*, cit., XXIII.

²⁶⁵ V. *Ann’s v. Merton London Borough Council* (1978) A.C. 728, 751 ss., in cui è stato ritenuto responsabile il funzionario addetto al controllo delle case in costruzione nei confronti del proprietario per non aver accertato in sede di sopralluogo vizi nelle fondamenta che dopo pochi anni hanno provocato crepe nell’edificio.

La giurisprudenza dei supremi giudici subisce però oscillazioni nell'affermazione di tale generale *duty of care*, prima affermandola perentoriamente e poi negandola, nel tentativo di riscontrare specifiche ipotesi di *duty of care* con riferimento a concreti casi particolari²⁶⁶.

Venendo al problema preliminare della responsabilità degli enti pubblici, va subito osservato che in via generale un organismo pubblico che agisca al di fuori della sfera di competenze ad esso attribuita o almeno in c.d. eccesso di potere, cioè *ultra vires*, non essendo prevista alcuna immunità generale²⁶⁷, non può essere chiamato a rispondere della responsabilità per illecito civile, salvo che venga riconosciuto al danneggiato un diritto di agire in giudizio, proprio come nei casi ordinari che coinvolgono semplici privati.

Tale principio, recentemente riaffermato dalla *House of Lords*²⁶⁸, comporta che, affinché un privato veda accolta la sua richiesta di risarcimento, questa non deve riferirsi esclusivamente all'esecuzione negligente di un dovere statutario, ma deve fondarsi su di un qualsiasi altro diritto di agire in giudizio attinente al "*common law*" riconosciuto nel diritto privato.

Nel surrichiamato caso, Lord Browne-Wilkinson, nella sua *opinion*²⁶⁹, chiarisce che un privato può intentare un'azione risarcitoria nei confronti di un ente pubblico, oltre che in ipotesi marginale di esercizio arbitrario di un diritto nell'ambito di un pubblico ufficio, per semplice violazione del dovere statutario senza bisogno di provare alcuna negligenza ovvero per violazione di un dovere di tutela di *common law* derivante dall'imposizione di un dovere statutario o dalla sua esecuzione.

Mancando, come anticipato, nel diritto inglese un principio generale di responsabilità per danni, né alcun corpo distinto di leggi che tratti azioni per risarcimento danni contro enti pubblici, appare opportuno fissare preliminarmente la gamma di opzioni astrattamente disponibili in riferimento alla responsabilità civile.

Sono state al proposito individuate otto opzioni di base²⁷⁰, che è utile esaminare analiticamente.

La responsabilità può essere imposta sulla base dell'illegalità o di un'azione *ultra vires* di per sé, cioè in situazione di eccesso di potere, ovvero sull'ordinaria negligenza ovvero sull'esistenza di violazioni gravi ovvero su un illecito doloso.

²⁶⁶ Per una analisi puntuale degli sviluppi giurisprudenziali v. R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., 276 ss.

²⁶⁷ Caso Entick v. Carrington (1765) 19 St. Tr. 1030, caso Leach v. Money (1765) 19 St. Tr. 2002; caso Cooper v. Wandsworth Board of Works (1863) 14 C.B. (N.S.) 180; caso Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd v. British Celanese Ltd [1953] Ch. 149. Si veda in generale P.P. CRAIG, *Compensation in Public Law*, (1980) 96 L.Q.R. 413. Sull'occorrenza di danni esemplari si veda il caso AB v. South West Serbices Ltd [1993] 1 All E.R. 609.

²⁶⁸ Caso X (Minors) v. Bedfordshire CC [1995] 2 A.C. 633, 730 G.

²⁶⁹ *Idem*, 730-740.

²⁷⁰ Cfr. J.F. GARNER, *Administrative Law*, London, cit., 846 ss.

Inoltre, vi può essere immunità rispetto al procedimento civile ovvero un indennizzo anche rispetto ad una perdita patrimoniale lecitamente causata dall'amministrazione. D'altronde il risarcimento può essere accordato sulla base di un atto di liberalità (*ex gratia*) o fondato su un'obbligazione specifica di garantire un risarcimento²⁷¹.

In merito alla violazione del dovere statutario²⁷², va ricordato che fino al XIX secolo le Corti non ritenevano – al fine di riconoscere automaticamente al privato un potere d'agire in giudizio – di dover preliminarmente riscontrare l'esistenza di una espressa e specifica previsione risarcitoria all'interno dello *statute* ovvero la ricorrenza di una specifica violazione di *statute*.

Le autorità giudiziarie, nei secoli XVIII e XIX, tendevano, infatti, a riconoscere un potere d'azione a chiunque fosse stato danneggiato dalla *negligence* di un ente pubblico destinatario di un dovere statutariamente imposto o dal rifiuto di eseguirlo²⁷³.

Tuttavia, dalla fine del XIX secolo, la giurisprudenza ha cominciato a restringere il potere d'azione del privato²⁷⁴, riconoscendolo in ragione di un esame at-

²⁷¹ A questo punto va chiarito che il termine "colpa" va correttamente inteso nella logica anglosassone, ad evitare malintesi nel distinguere tra queste opzioni, poiché il termine non riveste lo stesso significato nei diversi sistemi legali.

Mentre generalmente nei sistemi di diritto civile la colpa è necessariamente correlata all'illegalità, nel *common law* i concetti di colpa ed illegalità sono ben distinti, salvo in ipotesi eccezionali ove la violazione di uno statuto dia luogo, in sé e di per sé, alla responsabilità dei danni.

La prova dell'illegalità, consistente nell'adozione di un atto ultra vires, non equivale a colpevolezza ai fini della responsabilità dei danni. Il privato dovrà infatti altresì provare l'esistenza di un dovere di tutela (*duty of care*) e una violazione di questo (*breach of duty*).

Un terzo senso del termine colpa dev'essere ricercato nel diritto comunitario. Laddove vi sia una misura significativa di discrezionalità e/o laddove il significato della norma comunitaria sia impreciso, l'illegalità di per sé non sarà sufficiente per stabilire la responsabilità. Il richiedente dovrà provare che la violazione era abbastanza grave nella maniera che andremo ad esaminare. Dunque, non vi è alcun requisito di colpa che vada oltre la prova di una violazione grave del diritto comunitario. Una volta dimostrato che lo Stato non abbia invero commesso una violazione grave della norma rilevante di diritto comunitario, non vi è spazio per nessun'altra istanza. Non compete allo Stato discutere se debba esservi responsabilità patrimoniale, poiché non vi è stata alcuna colpa soggettiva relativa alla condotta che ha indotto alla violazione.

²⁷² Per una trattazione dettagliata dell'argomento v. B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, cit., 96, cap. 4; K.M. STANTON, *Breach of Statutory Duty in Tort*, London 1986; R.A. BUCKLEY, *Liability in Tort for Breach of Statutory Duty* (1984)100, in *Law Quarterly Review*, 204.

²⁷³ Com. Dig. Tit. "Action Upon Statute" F; caso *sterling v. Turner* (1672) 1 Ventris 206; caso *Rowning v. Goodchild* (1722) 2 W. Black 906; caso *Schinotti v. Bumsted* (1796) 6 T.R. 646; caso *Barry v. Arnaud* (1839) 1° Ad. & E. 646; caso *Ferguson v. Kinnoull* (1842) 9 Cl. & F. 251; caso *Pickering v. James* (1873) L.R. 8 C.P. 489.

²⁷⁴ Caso *Atkinson v. Newcastle Waterworks Co.* 877) 2 Ex. D. 441, restringendo l'ampio approccio nel caso *Coach v. Steel* (1854) 3 E. & B. 402. Malgrado l'occasionale riferimento alla visione più allargata, come nel caso *Dawson v. il Consiglio Distrettuale Urbano di Bingley* [1911] 2 K.B. da 149-159, le corti hanno principalmente applicato il criterio che governa la violazione di diritto statutario in generale, ad es. nel caso *Pasmore v. il Consiglio Distrettuale Urbano di Oswaldtwistle*

tento della legislazione²⁷⁵, da cui si possa arguire che lo *statute* avesse effettivamente inteso attribuire un diritto d'agire in giudizio ai privati che avessero subito un danno; danno che comunque deve rientrare nell'ambito del rischio che lo *statute* era designato a prevenire²⁷⁶.

Se la legge esistente in materia di illecito civile prevede un adeguato risarcimento, si esclude qualunque azione ai sensi dello *statute*²⁷⁷; in caso contrario, laddove uno *statute* si limiti a sancire un preesistente dovere di *common law*, si ammette un'azione secondo lo *statute*²⁷⁸.

Al fine, poi, di individuare la legittimazione attiva ad un'azione risarcitoria per violazione del dovere *statutario*²⁷⁹ non influisce la maggiore o minore ampiezza dei soggetti beneficiari della legge, in quanto può derivare da una particolare posizione di uno o più soggetti, che li rende più sensibili; naturalmente appare più facile provare una tale legittimazione laddove lo *statute* protegga una certa categoria di cui il privato sia membro²⁸⁰.

Inoltre, la giurisprudenza delle supreme giurisdizioni suole escludere il diritto d'azione in capo ad un privato, ove lo *statute* preveda una clausola penale per la violazione di sue disposizioni, salvo che in alcune specifiche ipotesi individuate sulla base di elementi di differenziazione²⁸¹, ovvero introduca eventuali rimedi alternativi²⁸², quali i procedimenti per inadempienza definiti in fase di *pre-trial*.

[1898] A.C. 387; caso Read v. Croydon Cvorporation [1938] 4 All E.R. 631; caso Reffell v. il Consiglio della Contea del Surrey [1964] 1 W.L.R. 358; caso De Falco v. il Consiglio del Villaggio di Crawley [1980] Q.B. 460; caso Booth v. N.E.B. [1978] 3 All E.R. 624; casi Lonrho Ltd v. Shell Petroleum (N. 2) [1982] A.C. 173; caso R. v. Il Sostituto Governatore della Prigione di Parkhurst, ex p. Hague [1992] 1 A.C. 58; caso X v. Bedfordshire CC [1995] 2 A.C. 633, 731-732. Si vedano, inoltre, i casi di poteri statutari che utilizzano simili argomentazioni: Peabody [1985] A.C. 210; Curran [1987] A.C. 718; Yuen Kun-Yeu [1988] A.C. 175.

²⁷⁵ Ad es. il caso Atkinson v. Newcastle Waterworks Co. (1877) 2 Ex. D. 441, 448; il caso R.v. il Sostituto Governatore della Prigione di Parkhurst, ex p. Hague [1992] 1 A.C. 58 e il caso X v. Bedfordshire CC [1995] 2 A.C. 633, 731-732.

²⁷⁶ Caso Gorris v. Scott (1875) L.R. 9 Ex. 125. Si veda anche Peabody [1985] A.C. 210; Curran [1987] A.C. 718.

²⁷⁷ Caso Philips v. Britannia Hygienic Laundry Co. Ltd [1923] 2 K.B. 832.

²⁷⁸ Ad es. il caso Ashby v. White (1703) 2 Ld. Raym. 938, 954.

²⁷⁹ Philips [1923] 2 K.B. 832; caso Lonrho Ltd. V. Shell Petroleum (N. 2) [1982] A.C. 173.

²⁸⁰ L'evidenza che il privato danneggiato appartenga ad una classe tutelata dallo *statute* non servirà, tuttavia, a provare che abbia un diritto attinente al diritto privato derivante dallo *statute*. Bisognerà ancora provare che lo *statute* intendeva conferire tali diritti, ex p. Hague [1992] 1 A.C. 58.

²⁸¹ Caso Atkinson v. Newcastle Waterworks Co. 877) 2 Ex. D. 441; caso Groves v. Lord Wimborne [1898] 2 Q.B. 402; caso Cutler v. Wandsworth Stadium Ltd [1949] A.C. 398.

²⁸² Caso Watt v. il Consiglio di Contea di Kesteven (1955) 1 Q.B. 408; caso Wood v. Ealing London Borough Council (1967) ch. 364; caso Cumings v. Birkenhead Corporation (1972) ch. 12 cfr. Meade v. Haringey London Borough Council (1979) 1 W.L.R. 637; Att. Gen. Ex rel. Mcwriter v. Independent Broadcasting Authority (1973) Q.B. 626, 649. CANE, "Ultra Vires Breach of Statutory Duty" (1981) P.L. 11.

Viene anche limitato il potere del privato volto a perseguire un mezzo statutario di tutela di un diritto accordato dalla legge su un esame della natura del *duty of care* violato e sulla sua rilevanza²⁸³, richiedendosi al danneggiato di provare l'esistenza di questo potere sulla base dei normali criteri che si applicano in questa materia, dimostrando, nel dettaglio, che lo *statute* era inteso a conferire diritti privati d'azione e, inoltre, la sua appartenenza ad una categoria protetta.

Così, nello stesso caso X, Lord Browne-Wilkinson giustifica la negazione del potere d'azione del privato con riferimento alla genericità del beneficio conferito dalla richiamata legislazione sociale generale, in quanto quest'ultima, pur tutelando i privati, sarebbe stata, in realtà, sancita per il beneficio dell'intera società²⁸⁴.

Si riscontra anche in altri casi un'analoga ritrosia della giurisprudenza nel riconoscere un siffatto diritto ai privati contro gli enti pubblici accusati di violazione di un dovere statutario. Così, nel caso *Barrett*²⁸⁵, davanti alla Corte di Appello o alla *House of Lords*, non si fa questione di violazione di dovere statutario da parte di un'autorità locale per il fatto che aveva preso un bambino in affidamento, ma semplicemente si porta innanzi un'istanza di *negligence* di cui occorre accertarne l'ammissibilità.

Nel caso *O' Rourke*²⁸⁶ poi la *House of Lord* esclude l'ammissibilità di un diritto d'agire in giudizio per danni dovuti in violazione di dovere statutario derivanti dalla sezione 63 dell'Housing Act 1985, in quanto quest'ultimo era inteso a determinare benefici alla società in generale e l'esistenza del dovere, per i Law Lords, dipendeva dalla discrezionalità dell'autorità locale.

In altri casi, si riscontra un'analoga tendenza a disconoscere una responsabilità per violazione di un dovere statutario²⁸⁷.

Dall'esame della giurisprudenza è possibile ricavare due orientamenti fondamentali²⁸⁸.

Il primo riguarda lo *standard* di responsabilità in caso di violazione del dovere statutario, che dipende invero essenzialmente dall'interpretazione della legge²⁸⁹. Il dovere può essere rigoroso, o semplicemente di ragionevole tutela ovvero consistente in un obbligo a tenere un comportamento che sia ragionevolmente praticabile²⁹⁰.

²⁸³ Cfr. il caso *Ching v. Surrey County Council* (1910) 1 K.B. 736 e *Reffel v. Surrey County Council* (1964) 1 W.L.R. 358, con *Watt* (1955) 1 Q.B. 408 e *Wood* (1967) C. 364.

²⁸⁴ *X v. Bedfordshire CC* (1995) 2 A.C. 633, 731-732.

²⁸⁵ *Caso Barrett v. Enfield LBC* (1999) 3 All ER 193.

²⁸⁶ *Caso O'Rourke v. Camden LBC* (1998) A.C. 188.

²⁸⁷ *Caso Clunis v. Camden Islington Health Authority* (1998) 3 All E.R. 180 e *caso Olu v. Home Office* (1997) 1 All E.R. 385.

²⁸⁸ Cfr. J. F. GARNER, *Administrative Law, London*, cit., 846 ss.

²⁸⁹ Cfr. B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, cit., 347-349; R.A. BUCKLEY, *Liability in Tort for Breach of Statutory Duty*, cit., 222-225.

²⁹⁰ *Caso Jayne v. National Coal Board* (1963) 2 All E.R. 220; *caso Edwards v. National Coal Board* (1949) 1 K.B. 704.

Il secondo concerne la circostanza che certi doveri statuari contengono discrezionalità in ordine alla loro esecuzione²⁹¹ o che possano comportare difficili problemi di interpretazione statutaria²⁹². Le Corti hanno mostrato riluttanza ad imporre il rigido criterio di responsabilità in tali circostanze.

Al proposito appare interessante un attento esame delle decisioni della *House of Lords* nei casi *X (Minors) v. Bedfordshire County Council*²⁹³, *Stovin v. Wise*²⁹⁴ e *Barrett v. Enfield LBC*²⁹⁵ e di quelle della Corte d'Appello nel caso *Palmer v. Tees Health Authority*²⁹⁶.

Come risulta dalla conclusione del caso *X (Minors) v. Bedfordshire County Council*²⁹⁷, in assenza di altri diritti d'azione attinenti al *common law*²⁹⁸, non può configurarsi un potere di agire in giudizio basato semplicemente sulla esecuzione negligente di un dovere statutario. Il privato è tenuto a dimostrare che sussiste un dovere di tutela di *common law* derivante dall'imposizione di un dovere statutario o dalla sua esecuzione²⁹⁹.

Lord Browne-Wilkinson, che ha formulato la sua *opinion* in ordine al contenuto della decisione, ammise che la maggior parte dei doveri statuari implica l'esistenza di una discrezionalità riguardo alla misura e ai metodi con cui il dovere statutario debba essere eseguito³⁰⁰.

Il Law Lord espose preliminarmente che il giudice potesse sostituirsi ad un'autorità pubblica, tributaria di una discrezionalità in base allo *statute*, nell'esercizio di siffatto potere, in quanto verrebbe ad invadere la sfera riservata all'amministrazione.

Pertanto, a livello del *common law* non può essere contestato in sede giudiziaria il merito delle scelte effettuate dall'autorità nell'ambito della sua discrezionalità, specie se trattasi di questione afferente la c.d. linea di condotta³⁰¹.

L'unica possibilità per il privato consiste nella dimostrazione che l'autorità abbia ecceduto nell'esercizio del suo potere discrezionale, accompagnata dalla

²⁹¹ Il caso *Haydon v. Kent County Council* (1978) Q.B. 343 fornisce un buon esempio di un dovere statutario che implichi molte delle scelte discrezionali nel decidere come adempiere a quel dovere, che sono regolarmente presenti in casi di poteri statuari.

²⁹² È anche interessante esaminare le osservazioni di Lord Keith of Kinkel sull'errata interpretazione nel caso *Rowling v. Takaro Properties Ltd* (1988) A.C. 473, sebbene fatte nel contesto di poteri statuari.

²⁹³ (1995) 2 A.C. 633.

²⁹⁴ (1996) A.C. 923.

²⁹⁵ (1999) 3 All E.R. 193.

²⁹⁶ 2 giugno 1999.

²⁹⁷ (1995) 2 A.C. 633.

²⁹⁸ (1995) 2 A.C. 633, 732-733.

²⁹⁹ *Idem*, 735-736.

³⁰⁰ *Idem*, 736.

³⁰¹ *Idem*, 738.

prova che essa abbia agito in maniera manifestamente irragionevole, al punto che la sua azione ricada totalmente al di fuori dell'ambito della discrezionalità statutaria³⁰².

Se il provvedimento impugnato non ricada al di fuori della discrezionalità statutaria, può dare luogo ad un dovere di tutela di *common law*, da dimostrare con le prove *standard* di tale ordinamento³⁰³, sempreché lo statuto sia diretto a tutelare i privati³⁰⁴ e tale dovere di *common law* non sia coerente con l'esecuzione dei doveri statutari³⁰⁵.

Anche quando il privato lamenti che la pubblica autorità abbia agito negligenzemente nell'esercizio di un potere conferito dallo statuto, piuttosto che di un dovere, non sembra che la giurisprudenza adotti in concreto un diverso metro.

Il privato, infatti, è tenuto a soddisfare le esigenze probatorie suggerite da Lord Browne-Wilkinson nel caso *X*, non essendo ammissibile che si possa richiedere meno sol perché ci si muova nel contesto di un potere statutario; tanto più che il richiamato caso *X* riguardava doveri statutari a forte contenuto di discrezionalità³⁰⁶.

Ne consegue che qualsiasi istanza del genere sarà necessariamente limitata ai casi in cui si possa provare che l'ente pubblico abbia agito non solo in maniera scorretta, ma che avrebbe fatto meglio ad astenersi assolutamente da ogni provvedimento.

Non sarebbe ammissibile una simile istanza, laddove il privato asserisca che vi era stato un difetto nel conferire un beneficio al privato stesso o la violazione di uno specifico dovere di protezione dal danno³⁰⁷.

Secondo l'impostazione data da Lord Hoffmann nel caso *Stovin*, solo raramente le Corti sono abilitate ad imporre un dovere di protezione ad un organismo pubblico nel contesto di una causa riguardante il mancato esercizio di un potere statutario, occorrendo, infatti, alcune condizioni di ammissibilità.

In primo luogo, per determinare se una pubblica autorità possa essere ritenuta soggetta ad una responsabilità per una negligente omissione nell'esercizio di un

³⁰² *Idem*, 736H-737A, 749C-D, 761A-B.

³⁰³ I problemi che si pongono al riguardo attengono alla prevedibilità del danno, all'effettiva prossimità tra le parti nonché all'appropriatezza, giustizia e ragionevolezza nell'imporre un dovere di tutela, da risolvere secondo il sistema probatorio indicato nel famoso caso *Caparo Industries plc v. Dickman* (1990) 2 A.C. 605. Nella decisione di tale caso (618) si afferma testualmente: «Whilst recognizing, of course, the importance of the underlying principles common to the whole field of negligence, I think the law has now in the direction of attaching greater significance to the more traditional categorization of distinct and recognizable situations as guides to the existence, the scope and the limits of the varied duties of care which the law imposes».

³⁰⁴ *Caso Governatori del Fondo di Donazione Peabody v, Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd* (1985) A.C. 210; *caso Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Association Ltd* (1987) A.C. 718.

³⁰⁵ *Caso X v. Bedfordshire CC* (1995) 2 A.C. 633, 739; *caso Stovin* (1996) A.C. 923, 952-953.

³⁰⁶ (1996) A.C. 923, 953.

³⁰⁷ *Idem*, 949.

potere statutario, la Corte è tenuta ad accertare se lo statuto abbia conferito il potere all'autorità per la protezione di interessi afferenti al solo diritto pubblico o anche al diritto privato³⁰⁸.

E per operare in tal modo deve risultare, da un lato, una manifesta irragionevolezza nel mancato esercizio del potere in violazione del sottostante dovere di provvedere imposto dal diritto pubblico, e dall'altro, una chiara *voluntas legis*, rilevabile dallo statuto, di conferire in via del tutto eccezionale il diritto al risarcimento in capo a coloro che avessero subito danni in caso di omissione di esercizio del potere. Ciò in quanto l'attribuzione all'autorità di un potere discrezionale, piuttosto che un dovere, rendeva manifesto l'intento legislativo di escludere ogni forma di risarcimento³⁰⁹.

Lord Hoffmann accetta con alcune specificazioni la teoria della *general reliance*, cioè della fiducia generale, sviluppata nell'Alta Corte australiana³¹⁰ su proposta di Mason J., secondo cui – ove mai la legge avesse conferito all'amministrazione poteri discrezionali per la cura di interessi afferenti a materie di tale complessità o vastità da non prevedere alcuna protezione per i privati lesi – si genera comunque un'aspettativa generale da parte dei privati sull'effettivo esercizio di tale potere, accompagnata dalla consapevolezza da parte della pubblica autorità che si sia creata una *general reliance*, cioè una fiducia generale, in ordine all'esercizio di quel potere.

Lord Hoffmann ritiene che l'impostazione australiana abbia bisogno di alcune specificazioni chiarificatrici, ossia che il beneficio o il provvedimento previsto ai sensi dei poteri statutari debba essere di natura uniforme o ricorrente, in modo che si possa determinare esattamente il comportamento atteso dalla pubblica autorità, come in ipotesi di difetti in corso di ispezione³¹¹. In particolare, se un provvedimento era previsto come routinale, sarebbe dunque irragionevole per una pubblica autorità emanarlo in un caso ed arbitrariamente rifiutarlo in un altro. Era tuttavia anche necessario per il privato dimostrare che vi fosse una chiara *voluntas legis*, da cui poter arguire con sufficiente chiarezza che era previsto il risarcimento laddove il potere non fosse stato esercitato.

Lord Hoffmann ritiene che l'argomentazione utilizzata da Mason J. – secondo cui questa *voluntas* potrebbe essere ricavata dalla circostanza che il potere era inteso a proteggere alcuni soggetti dai rischi da cui essi potevano non aspettarsi di guardarsi – non sia del tutto convincente, dovendosi approfondire l'influenza del potere atteso nel generare un'aspettativa nella comunità³¹².

Questo orientamento deve essere ora esaminato alla luce della recente deci-

³⁰⁸ *Idem*, 949-950.

³⁰⁹ *Idem*, 953.

³¹⁰ Caso *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 157 C.L.R. 424, 464, Mason J.

³¹¹ (1996) A.C. 923, 953-955.

³¹² *Idem*, 954-955.

sione della House of Lords nel caso *Barret v. London Borough of Enfield*³¹³.

La *ratio* della decisione è espressa sapientemente da Lord Slynn e da Lord Hutton, anche se viene approvata sia da Lord Steyn che da Lord Nolan.

Il caso *Barrett* è interessante perché fornisce indicazioni importanti, laddove sia necessario considerare l'ostacolo di diritto pubblico come ricompreso nei primi due stadi della prova messa a punto nel caso X da Lord Browne-Wilkinson.

Lord Hutton ritenne inammissibile, coerentemente a decisioni precedenti³¹⁴, un'istanza di *negligence*, che presupponesse una sovrapposizione da parte del giudice di una sua valutazione degli interessi pubblici su quella effettuata dall'amministrazione (c.d. questioni di linea di condotta) nell'ambito della discrezionalità attribuita dal Parlamento³¹⁵.

Al contrario, l'istanza sarebbe pienamente accettabile ove non sia diretta a contestare radicalmente una linea di condotta dell'amministrazione³¹⁶, ma si limiti a lamentare la violazione di un comune dovere di diligenza.

Nel qual caso appare preferibile per le Corti decidere sulla questione facendo ricorso direttamente al comune concetto giuridico di *negligence*, senza richiamare quello pubblicistico di irragionevolezza, come nel caso *Wednesbury*, per determinare se la decisione fosse al di fuori dell'ambito della discrezionalità statutaria³¹⁷.

Lord Slynn, pur seguendo un diverso ragionamento, giunge ad una conclusione analoga, ritenendo così non responsabile un'autorità che, in attuazione di precise disposizioni statutarie, abbia dovuto necessariamente agire in maniera tale da provocare danni, a meno che lo statuto espressamente o implicitamente non disponga che si debba comunque riconoscere un risarcimento³¹⁸.

Una situazione simile di irresponsabilità ricorrere allorché una pubblica autorità agisca nell'ambito del suo potere discrezionale, senza sottacere che, se questa avesse agito in maniera totalmente irragionevole, avrebbe trascinata da tale potere divenendo così responsabile per i danni conseguenti³¹⁹.

È interessante osservare che la sussistenza della discrezionalità, tuttavia, non preclude sempre la configurazione di un dovere di tutela di *common law*, dovendosi accertare caso per caso se la questione particolare possa essere sottoposta a giudizio o meno.

Si ammette, infatti, che gli atti eseguiti in conformità all'esercizio legittimo di discrezionalità potrebbero ben essere soggetti ad un dovere di tutela, malgrado vi

³¹³ (1999) 3 All E.R. 193.

³¹⁴ Caso *Dorset Yacht Co. Ltd v. Home Office* (1970) A.C. 1004; caso *Anns v. London Borough of Merton* (1978) A.C. 728; caso *Rowling v. Taar Properties Ltd* (1988) A.C. 473.

³¹⁵ (1999) 3 All E.R. 193, 220.

³¹⁶ *Idem*, 222d.

³¹⁷ *Idem*, 225f-h.

³¹⁸ *Idem*, 209h-i.

³¹⁹ *Idem*, 209-210.

fosse una certa scelta discrezionale, a condizione che la materia possa essere sottoposta a giudizio³²⁰. In tali circostanze, non è necessario dimostrare che la pubblica autorità abbia agito con eccesso di potere a causa della manifesta irragionevolezza della scelta, ma che sussisteva un dovere di tutela essendo presenti tutte le condizioni evidenziate nel caso Caparo³²¹.

Da tale ragionamento ne consegue che se una Corte decide che sussiste un dovere di tutela, le modalità con cui la discrezionalità è stata esercitata diviene – come afferma Lord Hutton³²² – rilevante per accertare che vi sia stata effettivamente una violazione di tale dovere di tutela.

Una esemplificazione di tale posizione si ricava dall'esame dei fatti afferenti il caso Barrett, in cui la parte attrice aveva sollevato varie istanze di *negligence* riguardo ai frequenti spostamenti tra famiglie di adozione. Qui i magistrati, ritenendo implicitamente che tali materie erano passibili di giudizio, hanno affermato che, nel determinare se fosse stato infranto qualche dovere di tutela, la Corte doveva aver riguardo alla difficoltà della natura dei doveri implicati. Di conseguenza spetta alla parte attrice dimostrare che vi sia un dovere di tutela, utilizzando la prova descritta nel caso Caparo.

Negli ultimi tempi vi sono state molte istanze respinte su questa base. La parte attrice è stata incapace di convincere la Corte che sarebbe stato giusto, appropriato e ragionevole imporre un dovere di tutela. La decisione nel caso Barrett indica una maggiore riluttanza ad escludere l'istanza della parte attrice su questa base. I magistrati ritengono, generalmente, che gli argomenti attinenti alla linea di condotta, che erano stati addotti nello stesso caso X per giungere alla conclusione che non dovesse esservi alcun dovere di tutela, non fossero di tale rilevanza nei fatti del caso Barrett.

Molti casi importanti in quest'area sono stati decisi su istanze presentate dalla difesa dell'amministrazione, affinché la causa fosse dichiarata inammissibile e, quindi, cancellata dal ruolo. Ciò implica una determinazione preliminare rispetto alla possibilità che i fatti dichiarati rivelino un diritto d'agire in giudizio o meno. I pericoli insiti nella trattazione di questi casi in tal modo sono stati riconosciuti dai Law Lords, in particolare da Lord Browne-Wilkinson³²³, ma anche da Lord Slynn e da Lord Hutton.

La decisione della Corte Europea per i diritti umani nel caso Osman³²⁴, secondo cui la regola che precludeva un dovere di tutela alla polizia in relazione all'investigazione di un crimine violasse l'art. 6 della Carta Europea dei diritti umani, getta un'ombra sul caso.

Il caso fu trattato in dettaglio solo da Lord Browne-Wilkinson, il quale, pur

³²⁰ *Idem*, 210h-j, 211c-d.

³²¹ *Idem*, 211g-h.

³²² *Idem*, 230.

³²³ *Idem*, 197.

³²⁴ Caso Osman v. United Kingdom (1998) 5 B.H.R.C. 293.

mostrandosi critico rispetto all'argomentazione contenuta nella sentenza, riconobbe che, se la House of Lords avesse riscontrato l'inesistenza di un dovere di tutela nel caso Barrett, la parte attrice avrebbe probabilmente portato il suo caso davanti alla Corte Europea per i diritti umani.

La decisione della Corte d'Appello nel caso Palmer è importante per la sua interpretazione del caso Barrett e perché rivela le continue incertezze che circondano quest'area del diritto.

La Corte d'Appello considerò il caso Barrett come indicativo di una posizione giurisprudenziale, per la quale un caso non dovesse essere dichiarato inammissibile sulla semplice base di una preventiva valutazione della circostanza che non fosse giusto, appropriato e ragionevole imporre un dovere di tutela, in quanto ciò costituiva il merito del giudizio. La Corte d'Appello, pur non condividendo pienamente tale soluzione, la accettava come "*status quo*" legale.

Ma, a ben vedere, la House of Lords giunse a tale soluzione, almeno nella prospettiva contenuta nell'opinione di Lord Browne-Wilkinson nel caso Barrett, e invero con maggiori difficoltà nel caso Osman, sulla base della considerazione che se il caso fosse stato dichiarato inammissibile e, quindi, cancellato per tale motivo, la parte attrice probabilmente avrebbe portato il suo caso alla Corte Europea. Il magistrato fu chiaramente influenzato da questa considerazione e ritenne che i fatti del caso Barrett non presentavano un chiaro motivo di inammissibilità per la cancellazione. Non è, tuttavia, chiaro che egli dicesse che un caso, nell'ottica del caso Osman, non dovesse mai essere cancellato su questa base. Inoltre, il riferimento al caso Osman non compariva nelle *opinions* di Lord Slynn o di Lord Hutton relative al caso Barrett. Ma è indubbio che ambedue i predetti Law Lords si opponessero alla declaratoria di inammissibilità e quindi alla cancellazione del caso sulla base del criterio del "*fair, just and reasonable*", indipendentemente dalla considerazione del caso Osman.

La Corte d'Appello ritenne anche che non vi era nulla nei casi Barrett ed Osman che potesse impedire che un giudizio fosse cancellato sulla base della *proximity*, come opposta al requisito di "*fair, just and reasonable*".

Stuart Smith L.J, con cui Thorpe L.J concordava, ritenne che cancellare un caso su queste basi fosse ancora possibile. Pill L.J. riconobbe ed accettò la posizione di parte attrice che la determinazione di *proximity* implicasse considerazioni di giustizia ed appropriatezza.

Egli era fermamente convinto che, la sussistenza o meno di una relazione di *proximity*³²⁵ non poteva esser stabilita meccanicamente, senza una valutazione di ciò che fosse "*just and reasonable*", ma concluse, tuttavia, che un caso avrebbe potuto essere cancellato su questa base.

³²⁵ Interessante al proposito il caso *Hedley Byrne & Co.Ltd. v. Partners Ltd.* (1964) A.C. 465, in ciò si afferma: «I think [...] that there is ample authority [...] that the categories of special relationship which may give rise to a duty to take care [...]. Are not limited to contractual relationship [...] but include also relationship which [...] are equivalent to contract, that is, where there is an assumption of responsibility in circumstance in which, but for absence of consideration, there would be a contract».

Non è assolutamente sicuro, però, che la Corte Europea per i diritti umani avrebbe accettato che la cancellazione sulla base della *proximity* fosse compatibile con l'art. 6 della Convenzione, anche se indubbiamente vi sono alcune affermazioni nella giurisprudenza della Corte Europea che potrebbero indicare una tendenza alla sua ammissibilità³²⁶.

Malgrado ciò è dubbio, allorquando la Corte inglese accetti una cancellazione sulla base della *proximity*, che il termine sia usato come un sinonimo di “*justice and reasonableness*”, cioè di appropriatezza e ragionevolezza,

È anche strano, in termini di principio, che vi sia un trattamento differenziato tra la *proximity* e i “*fair, just and reasonable requirement*”, cioè i requisiti di giusto, appropriato e ragionevole. Questo in parte perché, come ha sottolineato Pill L.J., le considerazioni di “*justice and reasonableness*” (giustizia e ragionevolezza) non possono non influenzare la determinazione della *proximity*.

Ed anche perché, per quanto resti una differenza tra i due requisiti, non è ovvio che la cancellazione sia più accettabile in relazione alla *proximity* piuttosto che in relazione al “*fair, just and reasonable requirement*”, cioè al requisito di giusto, appropriato e ragionevole.

Ma soccorrono in tal senso considerazioni politico-giudiziarie di macrolivello, talché la cancellazione sulla base di “*justice and reasonableness*” finisce per essere considerata più accettabile di quella pronunciata in relazione alla *proximity*.

A questo punto appare interessante esaminare gli orientamenti giurisprudenziali, che hanno caratterizzato la materia *de qua*, tenendo conto che la *negligence* non è, sorprendentemente, una delle azioni legali più comuni contro un organismo pubblico.

Dopo alcuni dubbi iniziali³²⁷, è stato stabilito, nel caso *Mersey Docks and Harbour Board Trustee v. Gibbs*³²⁸ che un organismo pubblico possa essere giudicato responsabile di *negligence* nell'esercizio di un potere statutario. Blackburn J. nella sua *opinion* non concorda con la tesi difensiva, secondo cui, quando uno statuto autorizza che una cosa sia fatta, il risarcimento dovrebbe essere riscontrato ai sensi dello statuto o non essere riscontrato affatto, ritenendo che non vi fosse nulla di illogico nell'imporre ad un ente pubblico, nell'esercizio di un potere statutario, il dovere di perseguire una *reasonable care*, cioè una ragionevole tutela³²⁹.

La sua *opinion* fu accolta dalla House of Lords³³⁰ ed applicata in molti casi

³²⁶ *Idem*, par. 151.

³²⁷ I dubbi furono sollevati da una cattiva interpretazione di casi precedenti, quali il caso *Sutton v. Clarke* (1815) 6 Taunt 29 e dovuto ad un obiter dictum di Lord Cottenham L.C. nei casi *Duncan v. Findlater* (1839) Macl. & R. 911. Si veda il caso *Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. Gibbs* (1864-1866) 11 H.L.C. 686, 719-721.

³²⁸ (1861-1866) 11 H.L.C. 686.

³²⁹ *Idem*, 719-721.

³³⁰ *Idem*, 725-734.

successivi³³¹. Molte decisioni simili rientreranno negli effetti delle norme di “*beach, causation and remoteness*”³³²; altre saranno più complesse.

La decisione assunta nel caso Gibbs stabilì correttamente come questione di principio che un organismo pubblico avesse un dovere di tutela, in relazione all'esercizio di un potere statutario. Casi successivi hanno evidenziato che l'ammissibilità di un'istanza di *negligence* presentata da parte attrice, dipende dall'interpretazione del particolare potere statutario al fine di determinare l'ambito di un tale dovere di tutela. Questa tecnica è comune nei casi di doveri statutari³³³.

Così, nel caso Peabody³³⁴ si è ritenuto che un'autorità locale non fosse responsabile della negligenza degli operatori edilizi, poiché lo scopo dei poteri statutari rilevanti non era di salvaguardare tali operatori dalla perdita economica, ma piuttosto salvaguardare gli occupanti delle case e la popolazione in generale dai pericoli di salute e sicurezza derivanti da impianti difettosi di drenaggio.

Nel caso Curran³³⁵ un'autorità prevista dallo statuto che dispensasse fondi per lavori di sistemazione e abbellimento di una casa non è stata ritenuta responsabile di *negligence* verso un acquirente a cui avesse concesso un'ipoteca, se l'ampliamento della casa che egli aveva acquistato si fosse rivelata difettosa. L'autorità statutaria aveva concesso fondi per l'ampliamento al precedente proprietario, ma si ritenne che, poiché le clausole rilevanti non dessero all'autorità alcun potere di controllare la reale opera di costruzione in sé, non poteva, pertanto, ritenersi responsabile per difetti attinenti alla proprietà.

Appare sintomatico, specie dopo il caso O'Reilly³³⁶, che la giurisprudenza inglese – con l'unificazione e la riduzione dei rimedi messi a disposizione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione avvenuta a seguito della introduzione dell'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court* – si sia sostanzialmente allineata al sistema vigente nei Paesi latini, attenuando il principio del *rule of law* e così ammettendo il sacrificio dell'interesse individuale a favore di quello pubblico³³⁷.

³³¹ Ad es. il caso *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir* (1878) 3 App. Cas. 430, 438, 452, 455-456; caso *East Fremantle Corporation v. Annois* (1902) A.C. 213, 217-219; caso *Great Central Ry. Co. V. Hewlett* (1916) 2 A.C. 511, 519,525; caso *Fisher v. Ruslip-Northwood Urban District Council and Middlesex County Council* (1945) K.B. 584.

³³² Ad es. nel caso *Carmanthenshire County Council v. Lewis* (1955) A.C. 549; e nel caso *Hughes v. Lord Advocate* (1963) A.C. 837.

³³³ Markesinins e Deakin, *Tort Law*, (quarta ediz., 1999), Pt. 3, cap. 4.

³³⁴ Caso *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson and Co. Ltd* (1985) A.C. 210, 241, 245; caso *Investor in Industry Commercial Properties Ltd. V. South Bedfordshire District Council* (1986) Q.B. 1034; caso *Murphy v. Brentwood District Council* (1991) 1 A.C. 398.

³³⁵ Caso *Curran v. Northern Ireland Co-Ownership Housing Association Ltd* (1987) A.C. 718, 728. Il potere di negare la concessione fu determinato per proteggere l'interesse pubblico e non un successivo acquirente, 727-728.

³³⁶ Caso *O'Reilly v. Mackman*, All. E, Rep. 1982, 3, 1124.

³³⁷ Cfr. U. MATTEI, *Il modello del common law*, cit., 62-63.

Il sistema costituzionale e giuridico del Regno Unito³³⁸, così come quello dei Paesi ad ordinamento derivato da esso³³⁹, si fonda sulla principio della “*rule of law*”³⁴⁰, che indica sinteticamente i valori fondamentali della cultura giuridica inglese, riassumibili in una serie di concetti collegati teologicamente, ossia la supremazia della legge, il non arbitrio del potere pubblico, dell’uguaglianza di fronte alla legge e in altri termini l’esistenza di una “*common law*”³⁴¹.

Principio questo che ha trovato sul versante nord-americano un legame assai stretto con il concetto del “*due process of law*”, che costituisce un principio fondamentale a livello costituzionale degli U.S.A. contenuto nel quinto emendamento del “*Bill of rights*” esteso a tutta l’Unione a seguito della Guerra Civile del XIV secolo e che, invero, trova il suo precedente culturale nel pensiero di un grande studioso³⁴².

Tale principio della “*rule of law*”, che informa l’intero sistema giuridico britannico, rappresenta il fondamento del modello di responsabilità civile personale dei funzionari inglesi³⁴³.

Infatti, qualunque regime che accordasse loro un’immunità speciale sarebbe contrario a tale principio, che impedisce di riservare a qualunque soggetto un regime giuridico diversificato rispetto al diritto comune³⁴⁴.

I principi generali del diritto britannico portavano sin dall’origine ad affermare il principio dell’irresponsabilità dell’amministrazione, coniugato alla responsabilità personale del funzionario per i danni provocati a terzi³⁴⁵.

Manca, comunque, un diritto generale della responsabilità, in quanto l’ordina-

³³⁸ Cfr. J.F. GARNER, *Administrative Law*, London, cit., 846 ss.

³³⁹ Cfr. L. SAPORITO, *Il modello israeliano di diritto civile*, in *Quaderni del dipartimento di diritto civile dell’Università di Salerno*, Salerno 1998.

³⁴⁰ Cfr. W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Cambridge 1938. Sul punto è interessante la posizione di A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, cit., secondo cui non sussiste un *separate body of law* che disciplini l’amministrazione, ma vige il principio del *rule of law*, per cui v’è un’identica soggezione del cittadino e del funzionario alla legge ordinaria amministrata dai giudici.

³⁴¹ Cfr. U. MATTEI, *Il modello del common law*, cit., 13 ss. in cui si collega il sorgere del principio del “*rule of law*” nel tredicesimo secolo in concomitanza con la separazione delle tre Corti di common law (Common Pleas, King’s Bench e Exchequer) dal Consiglio del Re. Infatti il prezzo che queste Corti dovettero pagare per affrancarsi dal potere regio fu l’accettazione del “*rule of law*” ossia la rinuncia alla prerogativa di decidere a favore del caso concreto in deroga a tale principio di legalità. Cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, cit., XIV ss. Sul punto v. anche W.S., HOLDSWORTH, *History of English Law*, 16 voll., 1922-1926.

³⁴² Cfr. E. COKE, *The second Part of the Institutes of the Law of England*, I, London, 1671, 52-53.

³⁴³ Cfr. P. FEBVRE LUCIEN, M. GAUDEMET, *Le «Civil Service» britannique*, in *Cahiers de la Fondation nationale des Sciences politiques*, n° 33, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 8^e année, n. 3, 1953, 394 ss.

³⁴⁴ Cfr. V. VARANO, *Organizzazione e garanzia della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 275 ss.

³⁴⁵ Cfr. M. SERIO, *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil Liability*, Palermo 1988, 34 ss.

mento giuridico britannico conosce tanti diritti della responsabilità, legati a situazioni storiche uniche. Pertanto, appare preferibile limitare l'indagine alla responsabilità dello Stato, o meglio della Corona, che ne rappresenta il prototipo più interessante.

Uno dei più antichi principi imperanti sulla materia impedisce sin dal Medioevo di agire in via di responsabilità contro la Corona: si tratta della massima "*the King can do no wrong*", cioè "*il Re non può mai commettere errori*", espressione delle teorie del diritto divino³⁴⁶.

Pertanto, non potendosi ammettere in via generale l'irrisarcibilità di intere categorie di danni, non si poteva non consentire al privato di pretendere la riparazione dei danni dal funzionario che aveva agito nello svolgimento dei suoi compiti.

In seguito, il fine di pervenire ad una più sicura soddisfazione delle ragioni dei terzi danneggiati condusse ad attenuare il rigore dell'originario sistema³⁴⁷.

Così, se la responsabilità civile derivava da un inadempimento di un'obbligazione contrattuale, si ammise che la vittima potesse ottenere il risarcimento direttamente dalla Corona attraverso la c.d. "*petition of right*"³⁴⁸. In questi casi i funzionari che avevano stipulato il contratto o gestito il susseguente rapporto obbligatorio in nome della Corona per principio non potevano essere perseguiti³⁴⁹.

Tuttavia la "*petition of right*" era sottoposta ad alcune gravi restrizioni³⁵⁰.

Essa, infatti, non poteva essere utilizzata contro la Corona al di fuori della materia contrattuale ed, in particolare, per le responsabilità di natura extracontrattuale derivanti da delitti o quasi delitti, dato che la vittima era ammessa a perseguire soltanto il funzionario danneggiante per ottenere la riparazione del pregiudizio ricevuto.

La prassi aveva lentamente ammesso un'assunzione spontanea dell'obbligazione risarcitoria da parte della Corona, la quale era anche ammessa a costituirsi volontariamente in giudizio per aiutarlo nella difesa e, quindi, pagare la condanna in caso di soccombenza.

Nonostante tali accorgimenti il sistema rimaneva profondamente iniquo e di-

³⁴⁶ Cfr. U. MATTEI, *Il modello del common law*, cit., 13 e 61, in cui si ricorda che «Attraverso tale principio, che si sostanzia nell'impossibilità di convenire il Re presso le sue Corti, è stata elaborata la dottrina della c.d. sovereign immunity, che i common lawyers hanno dovuto pazientemente rosicchiare e che tuttora incombe talvolta sull'attore angloamericano».

³⁴⁷ Cfr. AA.VV., *The Liability of the State and Regional and Local Authorities for Damage caused by Agents and Administrative Agencies*, a cura del Consiglio d'Europa, Strasburgo 1981. H. STREET, *Governmental Liability*, cit., 39 ss. P.W. HOGG, in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, cit., 247; S. ARROWSMITH, *Civil Liability and Public Authorities*, Humberside 1992. C. HARLOW, *Fault Liability in French and English Public Law*, 1976, 39, MLR, 516, 527. WEIR T., *Governmental Liability*, 1989. PL 40. Wright, J., 'Local Authorities, The Duty of Care and the ECHR' (1998) 18 OJLS 1, STEWART, *Government tort liability: current law and potential future directions - Discussion paper for the Administrative Conference of the United States*, Harvard Law School, 1985.

³⁴⁸ Cfr: *Petitions of Right Act*, 1860.

³⁴⁹ Macheath, v. Haldimand (1786) 1, T, R, 172.

³⁵⁰ Cfr. G.L. WILLIAMS, *Crown Proceedings*, London 1948.

fettoso, in quanto se il danneggiato non fosse riuscito ad identificare il funzionario colpevole non avrebbe potuto intentare alcuna azione; inoltre se il risarcimento offerto spontaneamente dalla Corona gli fosse sembrato insufficiente, non possedeva alcun rimedio per ottenere un adeguamento della somma.

Infine, il sistema non offriva un soddisfacente grado di sicurezza alla vittima dell'amministrazione, essendo esposta al pericolo dell'insolvibilità del funzionario responsabile e alla cattiva volontà della Corona.

Nel 1927 un progetto di legge³⁵¹ cercò, senza però giungere ad approvazione, di riformare il sistema, affermando la responsabilità della Corona per i danni causati da comportamenti colposi dei funzionari.

Nel 1946, il caso *Adams V. Naylor*³⁵², portato alla attenzione dei Law Lords, aveva sottolineato gli inconvenienti del principio dell'irresponsabilità della Corona. Un ragazzo era stato ferito ed ucciso nel tirare una palla in un campo minato situato su alcune dune. Il vento aveva ricoperto di sabbia il segnale di avviso di pericolo. Era stata intentata un'azione di responsabilità. La Corona designa un funzionario del Genio per assicurare la difesa. La Corte respinge la domanda giudiziale, perché gli istanti non erano in grado di provare che il funzionario difensore avesse un'obbligazione verso il ragazzo incidentato, anche se la difesa, disposta ad accordare la riparazione, non aveva sollevato questa eccezione.

Questa giurisprudenza impediva il risarcimento delle vittime, in mancanza di una legge specifica, anche nel caso in cui la Corona desiderasse accordare una riparazione³⁵³, sollecitando in tal modo il Parlamento ad intervenire.

Da tali spinte fu approvato il "*Crow Proceedings Act*", che intendeva prendere atto dell'espansione delle attività dello Stato nel dopo-guerra con conseguente moltiplicazione dei danni causati dai funzionari della Corona.

Il "*Crow Proceedings Act*" non comportava grandi innovazioni al riguardo della responsabilità contrattuale, in quanto la Corona continuava a poter essere perseguita ai fini risarcitori, senza alcun coinvolgimento del funzionario che aveva stipulato il contratto. La riforma incideva solamente sulla procedura, essendosi soppressa la "*petition of right*" e sostituita da una comune azione di giustizia ordinaria.

Le maggiori trasformazioni sono portate da tale Atto sul piano della responsabilità extracontrattuale, anche se formalmente l'antico principio "*The King can do no wrong*" rimane in vigore³⁵⁴.

La nuova legge introduce numerose eccezioni, che rendono frequentemente responsabile la Corona, tanto da accomunare la responsabilità di quest'ultima a quella di "*una persona fisica di maggiore età e pienamente capace*"³⁵⁵.

³⁵¹ Cmd. 2842/1927.

³⁵² 10 e 11 Geo. 6 C. 44.

³⁵³ Questa giurisprudenza fu ripresa dalla Corte d'Appello nel *Royster v. Cavey* 1947 K B. 204.

³⁵⁴ Cfr. G.L. WILLIAMS, *Crown Proceedings*, London 1948, 28.

³⁵⁵ Cfr. J.A.G. GRIFFITH, H. STREET, *Principles of Administrative Law*, London 1967, 253, secondo cui «non c'è, dunque, un diritto inglese separato della responsabilità amministrativa».

Ciò in primo luogo sul piano dei rapporti di lavoro con i suoi dipendenti, per la violazione dei suoi doveri di proprietaria o di occupante di immobili e ancora per l'inadempimento dei suoi obblighi verso il pubblico; ma, per ciò che più importa ai fini *de quibus*, per i danni provocati da errori dei suoi funzionari.

In tal modo, la responsabilità civile della Corona si sostituisce a quella dei funzionari, anche se naturalmente essa sussiste solo nei limiti in cui sia responsabile l'autore dell'illecito³⁵⁶.

Si realizza così, da un lato, una protezione completa del funzionario, che difficilmente viene chiamato in giudizio a causa della maggiore solvibilità della Corona, dall'altro, una maggiore garanzia di soddisfazione da parte del danneggiato.

Comunque tale forma sostitutiva rimane limitata, applicandosi solamente ai funzionari rivestenti la qualità di "agent" o di "servant" della Corona successivamente all'entrata in vigore della novella. Invece, gli appartenenti alle forze dell'ordine, che non rivestivano tale qualità, non beneficiavano di tale disposizione di favore, sicché i danneggiati da un comportamento colpevole di un poliziotto non potevano agire che avverso il solo funzionario di polizia autore del pregiudizio, avendone soddisfazione nei limiti della sua solvibilità.

Inoltre, il divieto di agire avverso la Corona permane in alcune ipotesi, come in materia di manutenzione stradale dove la Corona beneficia di un'immunità³⁵⁷.

Allo stesso modo, quando è stato adottato un atto in virtù della prerogativa reale o derivante dalla legge, chiaramente al fine della difesa del Regno o di accasermamento delle forze armate della Corona, non si può dar luogo ad un'azione di responsabilità della stessa³⁵⁸.

In materia postale, la Corona può essere perseguita in caso di perdita di un plico raccomandato dovuta a negligenza del funzionario delle poste; mentre nessuna azione di responsabilità può essere intentata né contro la Corona né contro il funzionario in caso di danno provocato dal cattivo funzionamento del servizio di invio della corrispondenza ordinaria o la cattiva trasmissione telefonica o telegrafica³⁵⁹.

Sussiste poi un limite generale all'azione risarcitoria avverso sia il funzionario che la Corona, intentabile entro un anno dalla commissione del fatto dannoso³⁶⁰.

Questo termine era stato precedentemente posto dal "Limitation Act" del 1939, che aveva inteso proteggere l'amministrazione contro le azioni tardive, in quanto un termine più lungo avrebbe reso difficile l'inchiesta amministrativa.

Ma i tribunali non ne hanno inteso la portata, dandone applicazione non solo

³⁵⁶ Cfr. G.L. WILLIAMS, *Crown Proceedings*, cit., 43.

³⁵⁷ *Idem*, 48.

³⁵⁸ *Idem*, 60.

³⁵⁹ *Idem*, 59.

³⁶⁰ *Idem*, 102.

alle azioni intentate avverso gli enti pubblici e le autorità locali, ma anche a quelle rivolte contro i funzionari autori di comportamenti dannosi nell'esercizio delle loro funzioni³⁶¹.

Non ha rilievo la circostanza che l'azione sia stata proposta avverso il solo funzionario, applicandosi comunque il suddetto termine annuale di decadenza.

Questa disposizione protettrice per i funzionari appare molto pericolosa per i terzi, in quanto, pur se non riescono ad identificare il funzionario responsabile, sono astretti ad un così breve termine per la proposizione dell'azione.

Spesso, se non riesce a conoscere rapidamente l'identità del responsabile, il privato danneggiato non potrà agire in riparazione contro di lui³⁶².

Alle difficoltà obiettive nell'identificazione del funzionario autore del fatto dannoso si aggiungono quelle afferenti di provare la colpevolezza dello stesso.

Infatti, sia la Corona che il funzionario possono essere chiamati a rispondere del danno, solamente se la vittima è in grado di provare la colpevolezza dell'autore materiale del fatto lesivo, effettuando quindi ricerche non semplici sul funzionamento interno del servizio.

Ciò ancor più in quanto l'amministrazione, già poco desiderosa di aprire i propri fascicoli ai privati, è abilitata a rifiutare l'accesso, ogni qual volta vi si oppone l'interesse pubblico.

Questa regola è conforme al segreto di cui si circonda volentieri il Civil Service³⁶³, rischiando di impedire un'effettiva tutela alle vittime di fatti dannosi.

Invero, la Corona può facilmente rifiutare di comunicare i necessari documenti, stabilendo nella sua amplissima discrezionalità se l'interesse pubblico si oppone alla produzione *de qua*. Né i tribunali hanno il potere di costringere l'amministrazione a consegnare i necessari documenti o di contestare che l'interesse pubblico sia in gioco.

La Corona anzi è abilitata a rifiutare la produzione di un registro delle comunicazioni telefoniche, che sia necessario per stabilire le responsabilità.

Non occorre nemmeno allegare un segreto di Stato, essendo sufficiente l'affermazione indiscutibile della presenza di un semplice interesse pubblico.

Questa regola è stata oggetto di numerose critiche in Gran Bretagna³⁶⁴, al fine di porre limiti al potere *de quo* collegandolo esclusivamente al segreto di Stato; ma tale opinione non ha avuto seguito.

Dunque, anche se il "Crown Proceedings Act" del 1947 ha introdotto alcuni correttivi, il regime della responsabilità dei funzionari britannici appare ancora imperfetto, conducendo a inammissibili sacche di irresponsabilità.

³⁶¹ *Western India Match Co. v. LOCK* (1946) K.B. 601. Cfr. C.H.S. PRESTON, G.H. NEWSOM, L.A. SMITH, *Limitation of Actions*, London 1953, 189-190; P. FEBVRE LUCIEN, M. GAUDEMET, *Le «Civil Service» britannique*, cit., 394 ss.

³⁶² Cfr. G.L. WILLIAMS, *Crown Proceedings*, London 1948, 102.

³⁶³ *Idem*, 134.

³⁶⁴ Cfr. H. STREET, *The Crown Proceedings Act, 1947*, (1948) 26 (3) *Public Administration*, 156.

Va riconosciuto che tale Atto ha rappresentato un notevole passo in avanti verso l'assimilazione alla ordinaria responsabilità civile vigente tra i privati, avvicinando la posizione delle amministrazioni a quella delle imprese private e dei funzionari a quella dei cittadini.

Come osservato da alcuni studiosi³⁶⁵, la regola inglese della “*rule of law*” non permette di adottare moduli analoghi a quelli vigenti nell'Europa latina, sì da poter affermare che il liberalismo del sistema inglese entra in conflitto con le esigenze dell'efficacia.

Appare però corretta l'affermazione, secondo cui «il processo è giunto al punto che la responsabilità del funzionario, in fase di discesa, ha già, per così dire, incrociato la responsabilità statale, in fase di ascesa»³⁶⁶, anche se forse essa appare in anticipo con i tempi.

8.4. *Il modello tedesco*

Anche in Germania, come già osservato per la Gran Bretagna, non si riscontra una disciplina unitaria ed organica della responsabilità dei funzionari verso terzi, che risulta frammentata in normative speciali per singoli istituti divergenti per origini storiche e presupposti.

L'impostazione della responsabilità *de qua* ebbe a sorgere sulla base dell'antica teoria del mandato, secondo cui i comportamenti dei funzionari potevano riferirsi allo Stato solo quando fossero conformi al diritto³⁶⁷.

I funzionari che avessero agito *contra mandatum* e che avessero così arrecato danni a terzi rispondevano a costoro personalmente secondo le norme generali del diritto privato in materia di responsabilità per atto illecito³⁶⁸.

Invero, si ebbe a formare un indirizzo dottrinale che ammetteva la responsabilità dello Stato a causa del comportamento antiggiuridico dei funzionari³⁶⁹, ma esso non fu accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione.

L'art. 839 del codice civile tedesco (BGB)³⁷⁰ invece riaffermò la teoria del

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ Cfr. G. BOGNETTI, *La responsabilità per tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, cit.

³⁶⁷ Cfr. J.F. MEISTERLIN, *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*, cit., 85; F.A. VON DER BECKE, *Von Staatsämtern und Staatsdienern*, cit., 173.

³⁶⁸ Cfr. G. JAENICKE, P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione antiggiuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, in E. CANNADA-BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione, Studi di diritto pubblico comparato*, vol. IV, Torino 1976.

³⁶⁹ Cfr. H.A. ZACHARIA, *Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner*, in *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften*, vol. 19, 1863, 582.

³⁷⁰ L'art. 839 del BGB, il codice civile, recita testualmente: «Un funzionario, se viola con dolo o colpa grave il dovere d'ufficio che gli incombe nei confronti di un terzo, deve risarcire al terzo i danni che da ciò gli derivano. Se ha agito solo con colpa, il funzionario può essere ritenuto responsabile solo se la persona offesa non può ottenere il risarcimento in altro modo [...]».

mandato, stabilendo un particolare delitto del funzionario nel quadro della responsabilità per atto illecito del diritto privato. Si determinava un obbligo personale del funzionario al risarcimento del danno nel caso in cui egli violasse con dolo o con colpa grave un dovere d'ufficio nei confronti del danneggiato e questi non potesse ottenere in altro modo il risarcimento del danno.

Gli artt. 31 e 89 del codice civile prevedeva una diretta e limitata responsabilità dello Stato, quale Fisco, solo nell'ambito dell'attività non autoritativa dello Stato, in relazione a comportamenti delittuosi tenuti da funzionari, in parallelo a quella propria di questi ultimi³⁷¹.

In seguito le legislazioni dei vari stati tedeschi introdussero varie forme di responsabilità civile dello Stato, al fine di tutelare meglio le ragioni del danneggiato, sempre limitatamente all'ambito autoritativo.

Infine, l'art. 131 della Costituzione di Weimar generalizzò tale responsabilità, portandola al rango costituzionale.

Rimase comunque la responsabilità civile personale del funzionario per i danni provocati nell'ambito patrimoniale, ai sensi dell'art. 839 del BGB.

Invero, la giurisprudenza ha esteso a dismisura la nozione di amministrazione autoritativa, comprendendovi anche l'attività di protezione sociale e di previdenza pubblica³⁷², nonché l'attività delle scuole e degli istituti superiori pubblici³⁷³, la costruzione e la modificazione di pubbliche vie di traffico³⁷⁴, costruzione e mantenimento di opere per la derivazione di acque reflue³⁷⁵, l'attività della posta federale³⁷⁶.

Sono comunque rimaste nell'ambito privatistico i rapporti tra ospedale pubblico e pazienti³⁷⁷ e tra ferrovie federali e utenti³⁷⁸, nonché l'attività diretta a garantire l'agibilità e la sicurezza delle strade, dei terreni e degli edifici pubblici, in quanto corrisponde al dovere dei proprietari privati che rendono percorribile al traffico pubblico il loro terreno³⁷⁹, e i danni provocati da terreno pubblico ad un finitimo privato, in quanto prodotto nell'ambito dell'utilizzazione economico-privata del suolo³⁸⁰.

La tendenza giurisprudenziale è nel senso di mantenere la responsabilità dello

³⁷¹ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, Monaco 1998.

³⁷² Giurisprudenza costante: BGH, 23 febbraio 1956, in BGHZ, 20, 102; OLG Köln, 19 gennaio 1968, in NJW, 1968, 655.

³⁷³ BGH, 27 giugno 1963, in NJW, 1963, 1828.

³⁷⁴ BGH, 30 aprile 1964, in LM, art. 14, GG, n. 24.

³⁷⁵ BGH, 18 maggio 1967, in VersR, 1967, 859.

³⁷⁶ BGH, 23 febbraio 1956, in BGHZ, 20, 102.

³⁷⁷ BGH, 26 marzo 1953, in BGHZ, 9, 145.

³⁷⁸ BGHZ, 3 dicembre 1953, in LM, § 839, BGB, n. febbraio

³⁷⁹ BGH, 9 novembre 1967, NJW, 1968, 443.

³⁸⁰ BGH, 22 dicembre 1967, NJW, 1968, 549; BGH, 22 marzo 1968, NJW, 1968, 1153.

Stato anche in relazione ad attività privatistica svolta nell'adempimento dei suoi compiti pubblici, sempreché tale attività sia riconoscibile all'esterno quale espressione di funzioni pubbliche³⁸¹.

Costituisce merito del Tribunale federale nella seconda metà del Novecento di aver operato una sistemazione complessiva della materia, impostando gli istituti della responsabilità d'ufficio, della lesione e dell'espropriazione.

Il discorso prese l'avvio dalla considerazione che l'espropriazione non era altro che un aspetto particolare del più generale principio della responsabilità per lesione, che si riscontrava ogni qual volta si avesse un intervento autoritativo nei diritti patrimoniali in senso lato³⁸².

Quindi si ritenne che la responsabilità per lesione si riscontrasse anche in caso di interventi su diritti non patrimoniali³⁸³, quali i diritti personalissimi costituzionalmente garantiti, come la vita, la libertà, la salute e l'incolumità fisica, ammettendo l'applicazione alla normativa di cui all'art. 14, comma 3, GG.

Gradatamente il Tribunale supremo estese tale forma di responsabilità per lesione alle ipotesi di intervento colpevole nella situazione giuridica del cittadino³⁸⁴ ed, infine, alle ipotesi di atto amministrativo antiggiuridico, a condizione però che sia pregiudicata una situazione giuridica patrimoniale³⁸⁵.

Secondo tale impostazione lo Stato è responsabile nel caso di violazione colpevole del dovere d'ufficio da parte dei suoi funzionari, a norma dell'art. 34 GG in connessione con il § 839 BGB; nel caso di intervento antiggiuridico (colpevole o incolpevole), derivante da lesione, da parte dei suoi funzionari, di un bene giuridico a contenuto non patrimoniale; nel caso di intervento colpevole ed antiggiuridico ed al tempo stesso colpevole e contrario al dovere d'ufficio, da parte dei suoi funzionari verso un bene giuridico a contenuto patrimoniale o meno, a norma dell'art. 34 GG in connessione con il § 839 BGB ed in seguito all'intervento simile all'espropriazione o seguito a lesione.

Quando ricorre tale responsabilità dello Stato, essa subentra al posto della responsabilità personale del funzionario che ha agito con colpevolezza.

In casi eccezionali, però, tale ultima responsabilità personale permane, ad esclusione di quella dell'ente di appartenenza, quando non è ammissibile una rappresentanza ovvero nei casi specifici previsti dalla legge.

Allorché si tratti di attività non autoritativa, la responsabilità extracontrattuale dei funzionari si colloca al fianco di quella dello Stato derivante dai §§ 31, 89 e 831 BGB o dalla violazione del suo dovere di sorveglianza o da doveri contrattuali di accuratezza.

³⁸¹ BGH, 26 marzo 1953, BGHZ, 9, 145; 26 maggio 1955, BGHZ, 17, 317; 23 febbraio 1956, BGHZ, 20, 102.

³⁸² BGH, Gr. Ziv. Sen., 10 giugno 1952, in BGHZ, 6, 270.

³⁸³ BGH, Gr. Ziv. Sen., 16 ottobre 1952, in BGHZ, 7, 296.

³⁸⁴ BGH, Gr. Ziv. Sen., 12 aprile 1954, in BGHZ, 13, 88.

³⁸⁵ BGH, Gr. Ziv. Sen., 25 aprile 196, in BGHZ, 32, 208.

Va osservato, in conclusione, che il funzionario statale vero e proprio, cioè soggetto allo statuto dei funzionari, è responsabile civilmente per ogni violazione colpevole del dovere d'ufficio solo ai sensi dell'art. 839 BGB, con la conseguenza che nel caso di comportamento semplicemente colposo, questi può rimandare il danneggiato (comma 1) alla responsabilità dello Stato come "*risarcimento in altro modo*"³⁸⁶.

³⁸⁶ RGZ, 155, 266; RGZ, 162, 161.

Capitolo IV

La responsabilità patrimoniale del funzionario verso l'amministrazione

SOMMARIO: 1. Premessa. Evoluzione della nozione di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari. – 1.1. I tipi di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari e loro *indole* civile. – 1.2. La logica di illeciti civili nel campo amministrativo. – 1.3. Fondamento, funzione, natura giuridica e caratteri della responsabilità. – 1.4. Individuazione delle regole di condotta e valutazione comparativa degli interessi in conflitto. – 2. L'elemento oggettivo nelle responsabilità patrimoniali. – 3. L'elemento soggettivo nelle responsabilità patrimoniali. – 4. *Solidarietà e sussidiarietà* nella responsabilità patrimoniale. – 5. La peculiarità della prescrizione nelle responsabilità amministrative. – 6. Il danno nelle responsabilità amministrative: disciplina e profili problematici. – 7. Gli illeciti gestori commessi nell'ambito delle imprese pubbliche. Sviluppo del fenomeno e natura giuridica. Carattere pubblico della gestione delle società partecipate e giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti. Gli organismi di diritto pubblico. – 8. Le responsabilità sanzionatorie nelle gestioni pubbliche. Il nuovo sistema delle responsabilità pecuniaria. Le responsabilità personali negli enti locali. – 9. La responsabilità verso la P.A. nei Paesi dell'Europa continentale. – 9.1. Il sistema francese – 9.2. Il sistema spagnolo. – 9.3. Il sistema tedesco.

1. *Premessa. Evoluzione della nozione di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari*

La responsabilità patrimoniale del funzionario – quale come soggetto che a qualunque titolo partecipa alla gestione pubblica – verso l'amministrazione è poliedrica, articolandosi essenzialmente secondo la giurisdizione che è abilitata a conoscerla.

Da un lato, v'è, infatti, una competenza giurisdizionale di carattere generale affidata ad una magistratura speciale quale la Corte dei conti, dall'altra una residuale competenza del giudice ordinario per ipotesi eccezionali individuate dal legislatore per particolari categorie professionali (es. magistrati) o situazioni (es. danno ambientale) ovvero per la particolarità dell'ente di appartenenza (enti economici e società partecipate).

Sono ormai state superate dalla recente legislazione (in particolare dalla legge

n. 142/1990) alcune importanti ipotesi di giurisdizione del giudice ordinario nella materia *de qua*, rappresentate essenzialmente dalla responsabilità c.d. generica dei funzionari ed amministratori di enti locali.

È possibile, tuttavia, ricondurre ad unità i due sistemi: si procederà, quindi, ad esaminare, innanzitutto, quello generale disciplinato dall'art. 103 Cost.¹, che individua le materie di giurisdizione della Corte dei conti; successivamente si esamineranno le ipotesi più specifiche.

La responsabilità in cui possono incorrere i funzionari nei confronti della Pubblica Amministrazione non è nata in ragione di una visione organica di un legislatore lungimirante, ma si è lentamente, e non senza contraddizioni, evoluta a partire dalla istituzione di un'apposita giurisdizione, variamente denominata, fino al giorno d'oggi, che ha assorbito in un ammasso unico in forme ipotesi profondamente diverse, come quelle riferentesi al danno diretto che al danno indiretto inferto all'ente dal funzionario, allargando il suo ambito progressivamente sì da comprendere nuovi aspetti prima sconosciuti.

In tale lungo ed articolato discorso appare subito preminente e quasi assorbente il profilo processuale, che ha condizionato notevolmente l'elaborazione di una nozione sostanziale autonoma della responsabilità *de qua*.

È, quindi, opportuno seguire le linee generali ed essenziali di tale evoluzione, al fine di una sua corretta definizione concettuale che, però, non deve condurre ad un "arroccamento" che privi tale responsabilità del necessario inquadramento in un più ampio discorso sulla responsabilità nella teoria generale.

In tal senso l'*excursus* storico rappresenta il retroterra culturale in cui si è mosso e formato l'attuale sistema, da analizzare senza pregiudizi e convinzioni acritiche al fine di dare linfa vitale ad un istituto che si appresta ad affrontare il terzo millennio della nostra civiltà.

Nel dettaglio, la responsabilità *de qua* ha la sua base nella responsabilità contabile (in senso stretto) che era conosciuta sin dall'origine (considerando il Ducato di Savoia e quindi il Regno di Sardegna gli antecedenti del Stato italiano) dalla giurisdizione contabile attraverso quella che era la sua più rilevante competenza, ossia il giudizio di conto.

Questo era (ed ancora adesso è) introdotto dalla presentazione da parte dell'agente contabile (cioè di un soggetto che avesse il maneggio di danaro o di altri valori di proprietà dell'ente) del conto giudiziale, su cui si pronunciava il giudice contabile con una decisione di discarico o di condanna al pagamento delle somme risultate dovute.

Il rapporto gestorio sottostante non assume un autonomo rilievo nel processo, che si limita ad un riscontro di tipo cartolare sui documenti contabili esibiti in modo da accertare una responsabilità caratterizzata da presunzioni di colpa.

Questo schema rimane pressoché invariato con l'istituzione della Corte dei

¹ Cfr. Art. 103 Cost., in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 922 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 103. Commentario della Costituzione*, cit.

Conti del Regno d'Italia con la legge 14 agosto 1862, n. 800.

Con tale legge ed il successivo regolamento di procedura approvato con R.D. 5 ottobre 1962, n. 884, si prevedeva solamente un tipo di processo, consistente nel tradizionale giudizio sui conti presentati dagli agenti contabili, che diventava di appello nei confronti delle decisioni rese in primo grado dai Consigli di Prefettura.

Come si osserverà nella successiva esposizione dello sviluppo storico, al fianco della responsabilità specifica del contabile si andarono lentamente ad evidenziare altre forme di responsabilità ed, in particolare, quella denominata amministrativa (oltre a quella formale relativa agli enti locali, di recente espunta dall'ordinamento) cui venivano ad essere assoggettati i c.d. ordinatori delle spese, ossia amministratori e funzionari, per danni provocati all'ente di appartenenza in violazione dei propri doveri d'ufficio.

Questa, inizialmente conosciuta nell'ambito del giudizio di conto, in relazione alla sua dipendenza dalla gestione formalizzata del contabile, venne ad acquistare un'autonomia e più generale configurazione, allorché iniziò a costituire l'oggetto di quei giudizi speciali ammessi a margine dei giudizi di conto su azione del Procuratore Generale della stessa Corte dei conti; essi erano, infatti, originariamente costruiti come una sorta di processi incidentali anticipatori del processo principale costituito da quello su presentazione del conto.

Con la sempre maggiore autonomia conseguita da questi giudizi, denominati – in contrapposizione a quelli su presentazione del conto – di responsabilità, anche la responsabilità che ne costituì l'oggetto trovò una sistemazione più organica e generalizzata.

La stessa responsabilità del contabile venne a separarsi dalla stretta connessione con il giudizio di conto in cui era sorta, ammettendosi la sua conoscibilità anche nel giudizio di responsabilità, alla pari di quella amministrativa.

Tale autonomia concettuale della responsabilità contabile in senso stretto consentì anche di delinearla con maggiore precisione, in modo tale da non condizionarla alla formalizzazione documentale della gestione del contabile propria del giudizio di conto e da ammetterla anche per coloro che avessero la disponibilità materiale di valori di proprietà dell'amministrazione, ancorché non fossero tenuti per legge alla presentazione del conto giudiziale.

Tale disegno evolutivo si verificò, anche se in modi diversi, per gli enti locali, che avevano un sistema di responsabilità e dei relativi giudizi, alquanto differenziato rispetto allo Stato. Qui, in particolare, fino ad epoca recente (cioè fino al 1990), il giudizio di conto aveva una configurazione più elastica, comprendendo ordinariamente anche la responsabilità amministrativa. Questa, però, era stata suddivisa tra responsabilità generica, rimessa alla giurisdizione ordinaria, e responsabilità specifica, affidata alle cure della giurisdizione contabile, consistendo in particolari ipotesi di danno conseguente ad anomalie gestorie di natura eminentemente patrimoniale. Inoltre, era prevista una responsabilità c.d. formale, in ragione di alcune specifiche anomalie procedurali determinate da amministratori locali con riflessi finanziario-contabili.

Quindi, la legge n. 142/1990 sul nuovo ordinamento degli enti locali all'art. 58 ha limitato la competenza della Corte dei conti all'esame dei conti dei soli tesorieri, ha unificato le due forme di responsabilità amministrativa (generica e specifica), parificando il regime sostanziale e processuale delle responsabilità connesse, salvo alcune eccezioni in ordine alla prescrizione (cinque anni) ed al grado della colpevolezza (colpa grave o dolo).

La più recente legislazione ha provveduto, poi, ad equiparare il regime *de quo* a quello di tutte le altre amministrazioni, configurando sempre più nettamente una responsabilità patrimoniale amministrativo-contabile comune a tutti gli operatori pubblici ².

1.1. *I tipi di responsabilità patrimoniale c.d. interna dei funzionari e loro indole civile*

Le responsabilità patrimoniali del funzionario conosciute dalla Corte dei conti sono di tre tipi, ossia quella denominata impropriamente amministrativa, quella contabile in senso stretto e quella sanzionatoria, che in un certo senso ha ripreso la ormai superata responsabilità c.d. formale.

La prima, che è certamente la più rilevante, si presenta come una comune responsabilità civile – pur dotata di peculiarità dovute ad alcuni presupposti specifici – conseguente alla commissione di un fatto illecito, doloso o gravemente colposo, da parte di un soggetto legato all'amministrazione pubblica da un rapporto di servizio di diritto o di fatto ³. Questa formula, descrittiva e generica, comprende nella categoria due diverse situazioni aventi in comune la causazione di un pregiudizio patrimoniale ad un ente pubblico, salvo distinguersi profondamente quanto al fatto generatore dipendente l'uno da un illecito verso l'ente (c.d. danno diretto) e l'altro da un illecito verso terzi risarciti, a loro volta, dall'ente in via sostitutiva (c.d. danno indiretto).

La seconda ha caratteristiche più specifiche, essendo collegata al rapporto gestorio, che si instaura, in via di diritto o di fatto, tra un soggetto, avente la qualità di agente contabile, materialmente detentore di valori dell'Amministrazione e l'amministrazione stessa: essa trova il suo presupposto nell'impossibilità da parte del primo di giustificare la mancata corrispondenza dei valori all'inizio ed alla fine della gestione o durante il suo svolgimento.

² Per un approfondimento dell'aspetto storico v. L. SCHIAVELLO, *Il nucleo storico del processo contabile (prolegomeni alla ricostruzione dogmatica)*, in *Riv. trim. dir. pubblico* 1981, 1193; ID., *Processo contabile*, in *Enc. diritto*, XXXVI, Milano 1987, 713.

³ V. Cass. SS.UU.CC. 7 novembre 1997, n. 102929, 285, secondo cui «alla Corte dei conti spetta conoscere delle sole controversie in materia di responsabilità amministrativa, intercorrenti tra ente pubblico danneggiato e pubblico dipendente danneggiante e non anche delle controversie che si svolgono tra enti pubblici, la cui competenza spetta al giudice ordinario»: nella specie si trattava di controversia tra Ministero delle Finanze ed un Comune a seguito di delega per la notifica di accertamenti tributari.

La terza, introdotta in tempi abbastanza recenti, ha un peculiare carattere punitivo che si somma con l'ordinario aspetto risarcitorio: si tratta di ipotesi diverse previste da leggi succedutesi nel tempo per venire incontro ad esigenze più varie, che hanno in comune la competenza della giurisdizione contabile e un collegamento più o meno diretto con un danno effettivo o ipotetico.

Di tali ultime forme di responsabilità si tratterà nel prosieguo, mentre in via di massima ci si riferirà nelle prossime pagine, per una analisi approfondita, alle forme di responsabilità prettamente patrimoniale.

Tutte le responsabilità *de quibus* sono parziarie, nel senso che ciascuno dei coresponsabili risponde solo per la parte che vi ha preso. Il vincolo solidale opera tra più coresponsabili limitatamente ai casi di illecito arricchimento o di dolo (art. 1, comma 1-*quinques*, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639). Esse si prescrivono nel termine di cinque anni dalla verifica del fatto o, in caso di occultamento doloso del danno, dalla sua scoperta (art. 1, comma 2, l. n. 20/1994)⁴.

1.2. La logica di illeciti civili nel campo amministrativo

Tali responsabilità sono, quindi, conseguenze di illeciti civili (o di altro genere ancorché ridondanti ad illeciti civili) che si basano sull'effettiva produzione di un pregiudizio economico ad un altro soggetto dell'ordinamento, in violazione del diritto di quest'ultimo all'integrità del suo patrimonio.

Ne consegue che esse si distinguono nettamente dalla responsabilità amministrativa in senso proprio, cioè quella disciplinare, fondata su di un illecito amministrativo, costituito dalla mera violazione di obblighi di comportamento fissati nell'ambito di un rapporto di servizio, la quale comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa. Allo stesso modo non ha contatti con altra responsabilità sempre denominata amministrativa, in cui incorrono le società per fatti illeciti di rilevanza penale commessi da esponenti della *governance* o della struttura aziendale in mancanza di autoregolamentazione procedimentale.

La responsabilità civile del funzionario potrebbe dirsi amministrativa dal punto di vista del soggetto danneggiato (che è sempre l'amministrazione), comprendendo ipotesi che si realizzano nel campo dell'amministrazione; ma in tal modo si determina una possibile confusione con la responsabilità disciplinare dello stesso funzionario, la cui qualificazione come amministrativa si riferisce al tipo di illecito perpetrato, che è amministrativo.

Per vero, i problemi nominalistici *de quibus* sarebbero in sé di scarso rilievo se non inducessero ad una varietà terminologica ridondante spesso a confusione concettuale, talché la responsabilità civile del funzionario è variamente e contraddittoriamente denominata come amministrativa, patrimoniale amministrativa, finanziaria, per danno erariale, ecc., rendendo difficile la sua immediata identifi-

⁴Le questioni che queste disposizioni pongono saranno approfondite di seguito.

cazione e favorendo così un'alterazione della sua stessa qualificazione nell'ambito dei tentativi, sempre storicamente presenti, di trasformarla in una responsabilità di diritto pubblico.

Per tale ragione appare preferibile denominare *gestoria* tale forma di responsabilità, per evidenziare, da un lato, la sua appartenenza al *genus* della responsabilità civile e, dall'altro, la sua specialità consistente nell'essere collegata ad una gestione pubblica.

Appare invero certo, dall'esame della sua disciplina, che la responsabilità del funzionario verso l'amministrazione si ricolleggi ai principi generali del diritto civile⁵ in materia di responsabilità per danno.

Il collegamento che necessariamente si determina con rapporti e situazioni di diritto pubblico, costituenti il necessario presupposto, non è, invece, tale da giustificare un tipo autonomo di responsabilità, di diritto pubblico⁶.

La disciplina dell'illecito è unitaria, in quanto non rileva la circostanza che l'illecito incida su situazioni disciplinate dal diritto pubblico o dal diritto privato, trovando il momento unificante centrale nel fatto illecito e non nell'atto illecito⁷; di tal che può affermarsi con un'autorevole dottrina⁸ che non c'è posto per una responsabilità di diritto pubblico, in quanto la responsabilità è una situazione di fatto che non è né di diritto pubblico né di diritto privato.

Non manca sia in dottrina che in giurisprudenza la tendenza a differenziare questa forma di responsabilità del funzionario dalla comune responsabilità civile, ponendo l'accento sul necessario collegamento con funzioni pubbliche⁹.

Si è, però, in contrario contestato che si possa elevare tale ulteriore elemento a motivo di differenziazione dal ceppo civile, tenendosi conto che la normativa che lo prevede non fa che caratterizzare un particolare tipo di rapporto cui fa capo, nella patologia del rapporto stesso, una tipica obbligazione da illecito, che si pone sullo stesso piano di quante altre possono enuclearsi sulla base del codice civile.

⁵ Per una qualificazione civilistica, senza ulteriori specificazioni, della responsabilità in esame, vedasi R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 786 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 178; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1960, 177 ss.; G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1963, 315 ss.

⁶ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, cit., 658 ss.

⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano 1959, 181.

⁸ Cfr. E. CASETTA, in *Problemi attinenti alla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti locali*, Atti dell'VIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 1962, 172.

⁹ V. C. conti Sez. Riun. 7 gennaio 1952, n. 1/A, che, dopo aver affermato con grande lucidità «la responsabilità amministrativa ha di comune con la responsabilità civile i presupposti che la condizionano (colpa in senso lato, danno e nesso di causalità)», continua «ma se ne differenzia per l'elemento che l'art. 82 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, aggiunge a quelli costitutivi della responsabilità civile, e che è di importanza decisiva ai fini della competenza, elemento che attiene alle funzioni dell'impiegato nel senso che il danno deve essere effettivamente cagionato nell'esercizio delle funzioni di impiegato».

E ciò perché l'obbligazione nella quale si concreta la responsabilità civile non ha nell'ordinamento italiano un carattere uniforme ed unitario.

Molti sono i tipi di obbligazioni da illecito, distinti per il contenuto dell'obbligazione o per altri elementi, per cui è perfettamente configurabile un'obbligazione da illeciti compiuti da funzionari, che costituisce una delle varianti delle obbligazioni da illecito¹⁰.

Indubbiamente, il collegamento alle funzioni ha una sua rilevanza nella determinazione della competenza giudiziaria, che viene affidata alla Corte dei conti in sede giurisdizionale, quale organo altamente specializzato nel settore delle gestioni pubbliche.

Ma questa è solo un riflesso processuale che non può incidere sulla natura sostanziale di responsabilità civile da attribuirsi alla conseguenza di un fatto riferibile ad un funzionario¹¹.

L'inserimento di problematiche tanto complesse sull'illecito e sulla responsabilità civile nell'ordinamento amministrativo rappresenta se non un'anomalia, almeno una particolarità del sistema di origine francese.

Questa ambiguità concettuale ha portato un'autorevole dottrina all'inizio del secolo corrente ad affermare che per tali vicende si può parlare «di una responsabilità civile se vuoi si per il tipo di sanzione (risarcimento) ma amministrativa per l'indole del diritto violato che ne determina la condizione e gli effetti»¹².

Già si era notato¹³ come la responsabilità *de qua* rappresentava un'eccezione ai principi propri della responsabilità civile, derivante proprio dal fatto che essa era stata affidata ad una giurisdizione speciale sulla base di norme di contabilità, dando luogo, in pratica, a conseguenze importanti.

Non mancò chi comunque riconduceva pienamente la responsabilità del funzionario verso l'amministrazione in quella civile con l'unica variante del sindacato sulla stessa affidato ad un giudice speciale in ragione della particolarità della materia¹⁴.

Per la verità in gran parte della dottrina del secolo precedente erano inizialmente insorte non poche perplessità in ordine a questa particolare e potenzialmente pericolosa figura, dagli ampi contorni di responsabilità civile, organicamente inserita nel tessuto amministrativo nel 1869 (dalla legge sulla amministrazione del patrimonio e la contabilità generale) su cui, già allora, gravava una legislazione imprecisa¹⁵.

Si notava così che «se le leggi speciali sono fatte male, si abbia pure una legge perfettissima sulle responsabilità; siccome le colpe dei funzionari bisognerebbe

¹⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 173-174.

¹¹ Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, cit., 658 ss.

¹² M. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 511.

¹³ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1908, 120.

¹⁴ Cfr. G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze 1913, I, 283.

¹⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 512.

sempre misurarle e giudicarle in relazione alle leggi da essi violate, se quelle si prestano agli abusi ed agli arbitri (o sono scure e confuse) questa non potrebbe ad onta delle sue punizioni rigorose che lasciarli impuniti»¹⁶.

Ma tali giuste e fondate preoccupazioni furono superate negli anni successivi, in quanto «la saviezza ed il criterio pratico dal supremo magistrato funzionario ha saputo restringere l'applicazione della legge a pochi casi ben definiti [...] con serenità di coscienza, senza perturbazione dei pubblici servizi ed angheria a quelli che vi attendono» avevano fatto propendere per considerare che «la responsabilità dei pubblici ufficiali per la colpa e pel danno è forse un mezzo per garantire talune cure dell'amministrazione con una sanzione efficace»¹⁷.

La responsabilità civile dei pubblici funzionari verso l'amministrazione, com'è dimostrato dalla sua stessa storia, ha una funzione essenzialmente risarcitoria.

Invero, in essa sono sempre presenti anche aspetti punitivi, che assumono una dimensione maggiore e quasi assorbente nelle vere e proprie ipotesi sanzionatorie.

Infatti, essa tende alla reintegrazione delle risorse finanziarie e patrimoniali della pubblica amministrazione.

Le ragioni dell'esistenza di una forma particolare di responsabilità per i pubblici funzionari vanno ritrovate nella circostanza che costoro, trovandosi a gestire immense risorse collettive per il perseguimento di interessi pubblici fissati a livello politico-legislativo, sono in condizione di determinare alla comunità danni, anche ingenti, di non facile accertamento obiettivo.

Certo, spesso ci si trova di fronte ad una sproporzione tra l'entità del danno e le capacità risarcitorie del funzionario, ma questo è un rischio rinvenibile anche nel settore civile.

Ma tali problemi non giustificano la trasformazione della responsabilità *de qua* in sanzionatoria.

In dottrina¹⁸ si è posto l'accento sulla funzione riequilibratrice della responsabilità patrimoniale, che tenderebbe ad una ripartizione del carico sociale del danno tra dipendente ed amministrazione piuttosto che ad un trasferimento del danno dal danneggiato al danneggiante. Talché il risarcimento del danno si porrebbe in termini di sanzione più che di ripristino.

Su tale linea si è ancor più sostenuto¹⁹ che ciò che maggiormente rileva nella responsabilità *de qua* non sarebbe il pregiudizio economico, ma la violazione della norma sanzionabile tramite il giudizio contabile.

¹⁶ Cfr. A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri Ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Bologna 1874, 25.

¹⁷ Cfr. V. TANGO, *Della responsabilità negli ordini costituzionali ed in specie di quella degli ufficiali pubblici verso lo Stato e le amministrazioni per colpa e danno*, Roma 1989, 149-153.

¹⁸ Cfr. P. MADDALENA, *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, in *Cons. Stato* 1976, II, 831 ss.

¹⁹ Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Osservazioni sulla più recente giurisprudenza della Corte dei conti in tema di responsabilità formale, contabile ed amministrativa*, in *Giust. civ.* 1979, I, 1961.

Indubbiamente, l'aspetto punitivo è presente nella responsabilità gestoria dei funzionari, caratterizzandola nella sua specialità²⁰; ma non è possibile, almeno per le ordinarie responsabilità gestorie, enfatizzare ancor più il ruolo di tale aspetto rendendolo assorbente, con riduzione dell'aspetto patrimoniale accessorio, specie per l'ordinaria responsabilità gestoria; si finisce così per configurare tale forma di responsabilità in modo etico in ragione di comportamenti valutati psicologicamente²¹.

Ad impedire tale costrutto è il collegamento necessario con un danno effettivo da risarcire, per cui non è assolutamente sufficiente la violazione di una disposizione normativa.

Ed il danno funziona non semplicemente come *condizione dell'azione*, ma costituisce un *presupposto indefettibile*, tanto che se esso viene successivamente meno si estingue ogni responsabilità gestoria.

Parimenti, la sanatoria di una situazione giuridica sorta in violazione alla legge fa venir meno, con l'ingiustizia del danno, la responsabilità, senza che abbia rilievo l'esigenza punitiva connessa al pregresso comportamento certamente illecito.

Per qualificare, infine, l'antigiuridicità occorre accertare la natura della responsabilità patrimoniale dei funzionari.

1.3. *Fondamento, funzione, natura giuridica e caratteri della responsabilità*

La responsabilità patrimoniale dei funzionari si presenta come una responsabilità *sui generis*, la quale, pur non contrapponendosi a quella disciplinata dal diritto civile, è sorta e si è sviluppata al di fuori del diritto comune, sul piano dei rapporti di diritto pubblico per soddisfare bisogni propri dell'organizzazione amministrativa.

Proprio per tale ragione la responsabilità in esame non rientra pienamente in alcuna delle due categorie civilistiche della responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale; e tutti i tentativi per realizzare un siffatta operazione di assimilazione "coattiva" appaiono inutili forzature di una realtà, invero, molto più complessa ed articolata.

Sotto il profilo strutturale essa sembra, infatti, accostarsi alla responsabilità contrattuale, in quanto sorge proprio a seguito del mancato rispetto dei doveri afferenti il rapporto di servizio instaurato tra il soggetto e l'amministrazione.

²⁰ Cfr. F. STADERINI, A. SILVERI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione (con particolare riguardo a quella locale): legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Padova 1998, 143-4, secondo cui «se è vero che il carattere sanzionatorio non è elemento specialissimo ed esclusivo della responsabilità amministrativa e che – come la dottrina civilistica ha sempre evidenziato – aspetti riparatori e sanzionatori concorrono nello stesso risarcimento del danno, non si può negare che il profilo sanzionatorio e la finalità di prevenzione sono prevalenti e caratterizzanti nella responsabilità amministrativa e meramente secondari e accessori in quella civile».

²¹ Cfr. L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano 2001, 125.

In particolare, poi, quella sottospecie rappresentata dalla responsabilità contabile (in senso stretto) si collega alla violazione degli specifici doveri assimilabili agli obblighi del depositario a titolo oneroso del diritto civile.

Sotto tale profilo la responsabilità dei funzionari verso l'amministrazione si differenzia nettamente dalla responsabilità extracontrattuale, che deriva dalla violazione del dovere generico e residuale del "*neminem laedere*" gravante su tutti i soggetti dell'ordinamento generale.

Ma se si approfondisce la nozione ci si rende conto che i doveri imposti ai funzionari solo raramente presentano la caratteristica della individuazione e tanto meno della determinatezza della prestazione richiesta.

Solo nel caso della succitata responsabilità contabile in senso stretto ed in alcune marginali ipotesi di responsabilità amministrativa il dovere generico di buona fede oggettiva, di fedeltà e di lealtà si viene a concretare in aggiuntivi obblighi specifici a contenuto normativamente determinato.

Nella stragrande maggioranza delle situazioni che danno adito a questa forma di responsabilità patrimoniale non è ben chiara la portata effettiva della prestazione richiesta dal funzionario, di tal che la c.d. "contrattualità" di essa lascia perplessi.

È vero che anche la responsabilità contrattuale conosce il dovere di buona fede e correttezza nello sviluppo del rapporto obbligatorio, ma esso ha certamente carattere residuale rispetto alle prestazioni specificamente richieste e comunque non si presenta dissimile nel suo funzionamento dalla violazione del dovere generico di cui alla responsabilità extracontrattuale²².

Al contrario, nella responsabilità civile dei funzionari verso l'amministrazione la situazione è capovolta, nel senso che quasi sempre ci si trova di fronte ad ipotesi del genere in ultimo considerate e solo in limitate situazioni a vere e proprie ipotesi di responsabilità per violazione di specifiche disposizioni "contrattuali".

Per superare tale annotazione critica, si è tentato un riferimento ai doveri di protezione (*Schutzpflichten*) ed un collegamento al "rapporto fondamentale" (*Grundlageverhältnis*) che trova la sua fonte in un fatto organizzatorio costituito dall'appartenenza alla struttura organizzativa ovvero financo all'appartenenza alla Comunità (*Gemeinschaft*)²³.

Dunque, una possibile soluzione sarebbe di considerare la responsabilità *de qua* come un autonomo e speciale sistema di responsabilità, che alla pari di quella civile si suddivide in ipotesi contrattuali ed ipotesi extracontrattuali.

²² Propendono per la natura extracontrattuale: F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti: responsabilità, conti, pensioni*, Milano 2000, 111 ss., 192 ss. A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997, 145 ss.

²³ Cfr. L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, cit., 12 ss., laddove deve ammettere che «[...] talvolta, questa responsabilità può dirsi contrattuale soltanto in senso lato con riferimento ai doveri di protezione e al rapporto fondamentale [...]».

Ma, invero, queste ultime sono senz'altro preponderanti, mentre le prime appaiono marginali, tanto che appare possibile e più utile costruire la responsabilità in discorso come una unitaria forma "sui generis" di responsabilità civile, che partecipa ai caratteri della "contrattualità" e della "extracontrattualità" confusi in maniera originale in ragione delle esigenze pubblicistiche che la animano.

Ciò tanto più che il dovere generico del *neminem laedere* non è altro che una sintesi di doveri specifici, che possono essere in determinati casi puntualizzati direttamente dalla normativa di settore.

Affermare la natura speciale della responsabilità *de qua* non significa definirla eccezionale e, quindi, sottrarla alla disciplina fondamentale secolarmente dettata dal diritto civile; ma porre in luce le indubbie peculiarità di essa in precario equilibrio tra la contrattualità e l'extracontrattualità.

D'altronde, i caratteri differenziali tra le due forme di responsabilità civile si vanno attenuando sempre più anche nell'ambito suo proprio per l'influsso del diritto comunitario²⁴.

La disciplina ad essa applicabile è, quindi, essenzialmente quella della responsabilità extracontrattuale, con le alterazioni e gli adattamenti resi necessari da particolari ipotesi in cui il dovere generico di non ledere la pubblica amministrazione si concreta in obblighi specifici il cui contenuto è precisamente fissato da disposizioni contrattuali o normative.

Di recente, anche in dottrina sembra affiorare l'esigenza di un approfondimento scevro da pregiudizi culturali e "pratici".

D'altronde se si esamina la legislazione, specie quella più recente, si avverte comunque la tendenza ad un'assimilazione della responsabilità in analisi a quella civile extracontrattuale.

Essa è stata, infatti, resa personale, con esclusione (salvo che in situazioni di illecito arricchimento) della trasmissibilità agli eredi, prescrivibile in cinque anni, basata sull'accertamento puntuale dell'elemento psicologico,

Va osservato che la giurisprudenza della Corte dei conti, che fino agli anni quaranta aveva assimilato la responsabilità amministrativa alla responsabilità extracontrattuale e quella contabile alla contrattuale, dagli anni cinquanta ha modificato l'orientamento intendendo ambedue come ipotesi contrattuali, anche al fine di beneficiare dei vantaggi offerti da questa forma di responsabilità, quali il

²⁴ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., 23. L'illustre Autore osserva: «Altrettanto è messa in discussione e ridimensionata la stessa utilità della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La direttiva del 1985 sulla responsabilità del produttore (dir. 85/374 del 25 luglio 1985) e soprattutto, la proposta di direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi, del 1990, proprio perché hanno dovuto superare le diversità esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici impostati alcuni sulle responsabilità *ex delicto* altri sulla responsabilità *ex contractu*, contengono una disciplina che non solo si adatta perfettamente ad entrambi i modelli di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, ma che sembra anzi superare questa distinzione essendo dotata di una autonomia funzionale al punto da dare origine ad un modello non riconducibile a nessuno dei due modelli classici di responsabilità».

più lungo termine di prescrizione e la semplificazione probatoria.

Ormai queste ultime facilitazioni appaiono superate dalla giurisprudenza e dalla legislazione, talché alcuna utilità pratica può ricavarsi da una siffatta costruzione.

La responsabilità del funzionario verso l'amministrazione ha natura personale, nel senso che vi risponde soltanto il soggetto che l'ha determinata con il suo comportamento e limitatamente alla parte che ha avuto nella realizzazione dei suoi presupposti oggettivi.

Quindi, essa, in via di massima, risulta intrasmissibile agli eredi, salvo le ipotesi di illecito arricchimento del dante causa e, quindi, degli eredi medesimi.

La disposizione era già vigente sin dal 1990 per il personale e gli amministratori degli enti locali, ai sensi dell'art. 58 della legge n. 142/1990.

Se appare ingiusto per l'ente pubblico dover perdere la possibilità di rivalersi sugli eredi dei responsabili di illeciti del genere, va pure rilevato che spesso gli eredi non si trovavano nella condizione di potersi difendere efficacemente per fatti commessi molti anni prima da un loro dante causa nell'esercizio di una funzione pubblica.

Si determina la trasmissibilità del debito da responsabilità *de qua* secondo le leggi vigenti, nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi.

Non si ritiene equo, infatti, che gli eredi si avvantaggino per l'avvenuto depauperamento delle risorse pubbliche.

L'ordinamento amministrativo-contabile, alla pari di quello civile, a volte impone ai destinatari delle sue prescrizioni, alcuni obblighi a contenuto determinato risultanti da precise disposizioni di legge, ma spesso si limita a richiamare un dovere generico di comportamento.

Infatti, le disposizioni sulla responsabilità del funzionario hanno un contenuto solo in minima parte "materiale", nel senso dell'individuazione della particolare norma di condotta imposta dall'ordinamento, mentre nella gran parte dei casi presentano un contenuto "formale", nel senso che non prescrivono quale concreto comportamento tenere, ma "come" comportarsi in via di massima.

Giustamente si parla in questa seconda ipotesi di *clausola generale* di responsabilità civile del funzionario, in quanto è riservato al giudice contabile di stabilire se nel singolo caso sia ravvisabile la violazione di tale generica doverosità di comportamento dei funzionari.

Questa scelta legislativa dipende essenzialmente dalla difficoltà obiettiva di rinvenire tutte le ipotesi astrattamente possibili dei doveri cui sono soggetti i funzionari, attraverso un'impossibile elencazione completa.

Ma sussiste anche un'esigenza di consentire un adeguamento continuo del regime e del sistema degli illeciti alle modificazioni delle forme di organizzazione sociale e segnatamente amministrativa, che pongono in evidenza sempre nuovi problemi.

Il sistema degli illeciti tipizzati nel senso dell'astratta loro previsione da parte

della legge o dal vincolo del precedente appare *prima facie* più aderente al principio di legalità²⁵, in quanto il giudice è vincolato alla definizione del conflitto di interessi pre-stabilito a livello normativo.

Ma a ben vedere, e tenendo conto dell'esperienza di quei Paesi in cui tale sistema è utilizzato nel campo della responsabilità civile, va osservato che comunque il rapido fluire della vita sociale presenta sempre nuove situazioni non facilmente inquadrabili nei tipi legislativi, con la conseguente necessità per il giudice – se non vuole lasciare ampie aree di “impunità” – di effettuare uno sforzo di riconduzione formale o per analogia di esse alle ipotesi tipiche preesistenti.

D'altronde, anche nel sistema dell'atipicità, l'adeguamento alle modificazioni della realtà incontra un limite non meno difficile a superarsi costituito dal bagaglio culturale del giudice, che tende a rifiutare nuove ipotesi, ma a forzare i fatti negli schemi logico-giuridici ampiamente accettati.

Eppure l'atipicità degli illeciti gestori trova un'altra giustificazione nell'esigenza di porre un limite alla spesso ampia discrezionalità riservata dalla legge all'amministrazione, rinvenibile proprio nella realizzazione di un buon andamento dell'organizzazione e dell'azione pubblica²⁶.

²⁵ Sul principio di legalità si rinvia a S. PARISI, *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, Napoli 2010, 127 ss.; V. COCOZZA, *Il principio di legalità*, in ID., *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli 2010, 21 ss.; L. CARLASSARE, *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni* 1982, 1190 ss.; L. CALIFANO, *Principio di legalità e indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa regionale*, in *Giurisprudenza italiana* 1983, 1051 ss.; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico* 2008, 1 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano 1966, 104-105; S. FOIS, *La “riserva di legge” – Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963.

²⁶ La Costituzione si occupa specificatamente della Pubblica Amministrazione agli articoli 97 e 98, fissando inderogabilmente principi fondamentali di organizzazione e funzionamento di essa nell'ambito dell'ordinamento (non generale, ma) proprio del settore amministrativo.

Il citato art. 97, in particolare, come ha notato la dottrina costituzionalistica, appartiene a quel numeroso gruppo di norme costituzionali, aventi ad oggetto la posizione di principi intesi a regolare l'attività statale e, segnatamente quella amministrativa e legislativa, obbligandola ad indirizzarsi in un certo senso o ad astenersi dal rivolgersi in altro, e comunque ponendole dei limiti.

Esso pone il principio del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

A) Il principio di buona amministrazione: La Costituzione con gli artt. 97 e 98 non si soddisfa della legittimità dell'azione amministrativa, ma richiede che essa sia svolta in modo ottimale sì da realizzare o, almeno, da tendere a raggiungere un'amministrazione efficiente ed appropriata.

Si è osservato che queste disposizioni costituzionali avrebbero valenza programmatica, in quanto sarebbero rivolte agli organi legislativi e regolamentari e non alla P.A. nell'esercizio delle sue potestà amministrative.

La tesi non appare, però, del tutto convincente.

Infatti la “ratio” della citata normativa costituzionale è di imporre non solo agli organi titolari del potere normativo nella loro sede di posizione di regole generali ed astratte, ma anche e specialmente agli organi esercenti l'alta e l'ordinaria amministrazione il rispetto dei c.d. canoni del merito amministrativo.

Trattasi d'improntare la propria azione ad un'aderenza piena (e non minimale, come avviene

per la legittimità) all'interesse pubblico specifico stabilito dalla legge per ciascun particolare potere attribuito alla P.A. secondo criteri di pratica opportunità relativa alla fattispecie concreta, e non solo secondo criteri di astratta presenza dei requisiti minimali relativi alla fattispecie tipica come avviene per la legittimità.

Anzi, la stessa Costituzione pone al successivo art. 100, comma 2°, una norma di garanzia, prevedendo il sindacato della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria degli enti sovvenzionati dallo Stato, nonché un controllo successivo, che può essere anche di efficienza, sulla gestione del bilancio dello Stato, come recenti orientamenti legislativi hanno determinato.

Per realizzare siffatta esigenza di buona amministrazione, la P.A. è tenuta ad uniformarsi a regole non giuridiche e non codificate, ma preesistenti allo svolgimento dell'azione amministrativa ed individuabili oggettivamente almeno nei termini generali ed alternativi.

Esse rientrano in due categorie:

1) Canoni comportamentali, tratti dalle scienze e dalle tecniche, applicabili alla fattispecie.

2) Canoni comportamentali tratti dalla passata esperienza amministrativa, spesso recepita in prassi costanti.

Attraverso l'utilizzazione di siffatti canoni la P.A. opera:

a) l'individuazione degli svariati interessi, sia privati che pubblici, compresenti nella concreta fattispecie, attraverso un'approfondita e pronta attività istruttoria preliminare;

b) l'esame comparativo di tali interessi in modo da ricercare un eventuale temperamento di essi, attraverso l'assimilazione o l'assorbimento;

c) la ponderazione degli interessi presenti, in modo da saggiarne la diversa rilevanza concreta, tenendo comunque ben presente il fine specifico del potere in esercizio;

d) la scelta della soluzione più idonea nel caso concreto, facendo uso della discrezionalità attribuita alla legge.

B) Principio d'imparzialità: esso non può essere completamente disgiunto dal principio di buona amministrazione, di cui costituisce un aspetto essenziale.

Storicamente, esso nasce dall'esigenza propria dello Stato di diritto di evitare gli influssi politici sulla funzione amministrativa ed i conseguenti favoritismi nell'esercizio dei poteri discrezionali, reso possibile dalla circostanza che i vertici della P.A. sono organi del Governo.

Strumento per realizzare siffatto principio è il procedimento amministrativo, attraverso cui tutti gli interessati, privati o pubblici, sono posti in condizione di far valere le proprie aspettative.

Spesso è la legge a predisporre la serie procedimentale per un dato atto; in mancanza o ad integrazione, è la stessa P.A. ad autolimitare la propria discrezionalità prefissando atti procedurali.

Costituiscono articolazioni di questo principio:

a) che la P.A. deve operare una ponderazione degli interessi pubblici e privati compresenti in una fattispecie (lettera c del principio precedente);

b) che i pubblici impiegati devono essere assunti per concorso, per evitare favoritismi nelle assunzioni in sé e nell'attività successiva di tali assunti (art. 97, comma 3, Cost.);

c) che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Repubblica (art. 98 Cost.);

d) che i funzionari devono astenersi dal compimento di attività amministrative, in cui siano interessati direttamente o indirettamente essi stessi.

Ove poi tali soggetti non ottemperino spontaneamente a tale obbligo, è dato ai privati interessati di proporre ricusazione.

C) Il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione ha molteplici riflessi sulla legislazione amministrativa.

Ma tale principio fondamentale di buon andamento nella funzione amministrativa – in relazione al quale viene posto pregiudizialmente una riserva di legge – manifesta allo stesso modo ed ancor prima una sua rilevanza nell'ambito della attività di legislazione formale.

In particolare, quando la Costituzione detta alcuni criteri cui si deve conformare la legge, questa è senz'altro incostituzionale se non dispone nel modo e nei limiti voluti dalla Somma Carta.

1.4. Individuazione delle regole di condotta e valutazione comparativa degli interessi in conflitto

Posto in tal modo il criterio generale della prevalente atipicità degli illeciti *de quibus*, occorre individuare le singole regole di condotta.

Non essendo queste fornite dall'ordinamento, esse spettano senz'altro al giudice, il quale le forgia sulla base di una valutazione comparativa degli interessi in conflitto allo stesso modo in cui il legislatore opera al momento della normazione.

Invero, in alcune ipotesi, sia pure marginali, la legge, nel riservare a sé tale funzione, regola direttamente particolari tipi di illecito, limitando tale potere del giudice, il quale comunque mantiene sempre un *minimum* di intervento comparativo in sede applicativa.

Il conflitto d'interessi *de quo* riguarda, da un lato, la pubblica amministrazione e, dall'altro, i pubblici funzionari.

La pubblica amministrazione, per poter agire nella cura dei suoi compiti istituzionali, ha bisogno, come tutte le persone giuridiche, di persone fisiche che si assumano l'onere di esprimerne ed eseguirne la volontà.

I funzionari adibiti a tali mansioni, a loro volta, tendono ad operare senza conseguenze patrimoniali a loro carico, nonostante le difficoltà obiettive e soggettive.

Tali interessi contrapposti vanno comparati sulla base del criterio del pubblico interesse, che costituisce il fine dell'azione amministrativa.

Ma a tale criterio se ne aggiungono altri di rilievo funzionale, come la necessità di evitare ogni compressione della sfera di autonomia e di discrezionalità dei corpi amministrativi e di creare remore eccessive in capo ai funzionari.

2. L'elemento oggettivo nelle responsabilità patrimoniali

La struttura degli illeciti *de quibus* è identica a quella individuata dalla dottrina penalistica per i reati. Si distingue, perciò, un elemento oggettivo ed un elemento soggettivo, che devono concorrere per costituire l'illecito.

Si esaminerà prima l'elemento oggettivo, per priorità logica e cronologica.

Per quanto riguarda la responsabilità c.d. amministrativa, cioè quella del funzionario per danni verso l'amministrazione, l'elemento oggettivo si articola, a sua volta, in altri sotto-elementi.

Esaminando in tale prospettiva le disposizioni costituzionali sull'organizzazione della Pubblica Amministrazione, si deve osservare che l'articolo 97 rappresenta sotto questo profilo il limite della discrezionalità del legislatore in tale materia.

Come ha osservato più volte la Corte Costituzionale (sentenze n. 236/1992, n. 659/1994 e n. 1/1996), l'ampia discrezionalità del legislatore nella valutazione del rapporto di compatibilità di ogni azione amministrativa e finanziaria con il principio di buon andamento trova un insuperabile limite nel pubblico interesse.

Ogni scelta legislativa deve necessariamente fondarsi sulla comparazione delle sottostanti esigenze, che si intendono tramite essa soddisfare, con altri valori presenti nella fattispecie.

Quanto al rapporto di servizio, il soggetto deve essere inserito nell'organizzazione amministrativa, di cui viene a svolgere funzioni o servizi ovvero attività strettamente strumentali ad essi, nell'ambito delle sue finalità istituzionali.

Non rileva il titolo per cui si è realizzato tale coinvolgimento nella gestione pubblica, che può essere costituito da un rapporto di diritto pubblico, sia esso volontario o coattivo, o di diritto privato, ovvero da una situazione di inserimento in via di mero fatto.

Nemmeno importa la continuità di tale inserimento, essendo sufficiente anche uno episodico²⁷.

Il soggetto *de quo* può essere costituito da una persona fisica o da una persona giuridica, privata o pubblica, ovvero da un ente non riconosciuto, quali le associazioni di fatto e i comitati.

In un rapporto di servizio costituito di diritto con un soggetto (es. un ente pubblico o privato) possono inserirsi in via di fatto altri soggetti, individuali o collettivi, che ne esercitano le funzioni in concreto (es. amministratori di una persona giuridica che concorrono con la stessa in una gestione irrituale).

Naturalmente, occorre che il danno sia stato provocato, o almeno reso possibile (nel senso della necessaria occasionalità), nell'esercizio delle funzioni o mansioni ovvero nello svolgimento del servizio pubblico²⁸.

Una successiva cessazione dal rapporto di servizio in senso proprio ovvero dalle funzioni non svolge alcuna influenza sull'obbligazione risarcitoria che, una volta sorta, permane sino al soddisfacimento. In ciò si differenzia dalla responsabilità amministrativa vera e propria, cioè quella disciplinare, in cui l'individuo, ove si tratti di rapporto volontario, può spontaneamente sottrarsi ad essa recedendo dal rapporto con l'amministrazione.

Quanto alla condotta, il soggetto deve aver tenuto un comportamento commissivo od omissivo, che deve aver influenzato lo svolgimento di una pubblica gestione.

Il mancato comportamento ha rilievo ai fini *de quibus* solo se precedentemente sussisteva un obbligo o un dovere di porlo in essere.

Il comportamento può essere d'ordine giuridico o semplicemente materiale.

La condotta d'ordine giuridico può consistere nell'adozione di un provvedimento monocratico ovvero nell'aver concorso all'adozione di un provvedimento sia mediante il voto favorevole (anche solo di rilievo consultivo) all'approvazione di una deliberazione da parte di un organo collegiale sia mediante la partecipa-

²⁷ V. C. conti, sez. I centr., 29 gennaio 1998, n. 25/A, est. Cerbara, secondo cui si instaura il rapporto di servizio in capo ai componenti un seggio elettorale: «Ciò che conta è l'attribuzione di un *munus publicum*, l'investitura ad esercitare una pubblica funzione o servizio essendo del tutto indifferente, ai fini dell'individuazione del rapporto, che lo svolgimento della funzione o del servizio trovi la sua origine in un rapporto di impiego, nel conferimento di mandato politico-amministrativo o nello svolgimento di un obbligo giuridico (prestazioni obbligatorie)».

²⁸ Cfr. F. LANDOLFI, *I servizi pubblici locali*, in *Nuova Rassegna* 2/99.

zione a qualunque titolo al procedimento amministrativo sfociato in un provvedimento.

Ciò a prescindere dalla natura dell'atto effettivamente posto in essere, che può consistere in un voto deliberativo o meramente consultivo, in un parere, un'intesa o un concerto o similia, in un atto di controllo amministrativo, in un accertamento tecnico o tecnico-discrezionale, in un ordine, ecc.

Parimenti, rilievo giuridico assumono determinati comportamenti resi al di fuori degli appositi procedimenti amministrativi e degli schemi tipici dell'azione amministrativa, anche da soggetti estranei all'apparato.

Anche l'aver omesso di compiere un atto giuridico doveroso rileva ai fini in analisi, sempreché non sia giustificato da situazioni peculiari previste dalla legge testualmente (es. astensione) o implicitamente. Ma in questa ipotesi non rileva la mancata partecipazione alle sedute di organi collegiali, in cui si sarebbe potuto astrattamente adottare l'atto (o si sia adottato un atto diverso da quello dovuto), ma il comportamento riferito al periodo in cui era possibile adottare l'atto ovvero risolvere comunque la vicenda o almeno limitarla nei suoi effetti negativi.

Il sindacato sulla condotta tenuta da funzionari, specie se rivestano il ruolo di amministratori elettivi di enti esponenziali, non può spingersi fino alla valutazione del merito delle scelte discrezionali da questi compiute (art. 1, comma 1, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639), anche se è sempre ammissibile una valutazione della scelta in sé secondo i parametri della legittimità e della razionalità.

La condotta d'ordine materiale può consistere in qualunque atto con cui s'intervenga direttamente ed immediatamente nel mondo fisico.

Infine, uno o più soggetti possono concorrere a porre in essere un illecito complesso o continuato attraverso una pluralità di atti giuridici commissivi ed omissivi ovvero di atti materiali.

Parimenti, la condotta può essere istantanea, nel senso che con l'atto o l'omissione si determinano conseguenze istantanee o durature che sfuggono dalla disponibilità del soggetto (nel senso che la cessazione della condotta non incide sugli effetti), ovvero permanente in modo tale che il protrarsi nel tempo della situazione determinatasi dipende dal perdurare della condotta medesima (nel senso che la cessazione della condotta determina automaticamente la cessazione della situazione dannosa).

Quanto, poi, all'antigiuridicità, essa è la contraddizione della condotta tenuta da un soggetto con l'ordinamento giuridico, ossia più precisamente con specifici obblighi tipicamente previsti dalla legge o con doveri generici ed atipici connessi al ruolo rivestito.

Il discorso sull'antigiuridicità è stato già trattato compiutamente a proposito del problema dell'atipicità e della natura giuridica degli illeciti *de quibus*, e sarà ancora approfondito in sede di esame del rapporto tra illegittimità ed illiceità.

Il nesso di causalità è la relazione tra la condotta tenuta dal soggetto e la modificazione del mondo fisico, secondo la categoria logico-giuridica di causa-effetto.

Tra le varie teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza per individuare il criterio, è ormai prevalente quella della c.d. causalità adeguata, nel senso che sono imputabili al soggetto gli effetti del comportamento tenuto che si realizzano “normalmente” secondo l’*“id quod plerumque accidit”*, sempreché cioè fossero stati previsti o prevedibili *ex ante* nelle condizioni di effettivo svolgimento della vicenda senza l’incidenza di fattori eccezionali²⁹.

Allorché l’evento dannoso si ricolleggi ad una pluralità di condotte succedentisi nel tempo e riferibili a più soggetti, trova, però, applicazione il principio dell’equivalenza delle cause, sempreché nella successione degli avvenimenti i suddetti comportamenti abbiano determinato una situazione tale che, senza alcuno di essi, non si sarebbe verificato l’evento dannoso: principio questo che non opera solo ove la condotta posta in essere da uno o più di tali soggetti sia stata di per sé sola sufficiente ed idonea a determinare l’evento³⁰.

Tra tutte le conseguenze della condotta, sono riferibili al soggetto solo quelle direttamente derivate, con esclusione di quelle ulteriori verificatesi.

Non rileva, invece, un eventuale differimento delle conseguenze ovvero la realizzazione di effetti permanenti, in quanto direttamente derivati dalla condotta anche istantanea.

Nel caso di deliberazioni di organi collegiali, il nesso di causalità sussiste solo nei confronti di coloro che hanno espresso voto favorevole (art. 1, comma 1-ter, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639).

Similmente, tale nesso è interrotto anche quando l’approvazione di una delibera ovvero l’adozione di ogni altro atto ovvero l’autorizzazione o assenso all’esecuzione di un atto da parte di titolari di organi politici, sempreché in buona fede, siano dipese da atti o comportamenti riferibili ai competenti uffici tecnici o amministrativi (art. 1, comma 1-ter, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639).

Quanto all’evento dannoso, la conseguenza della condotta tenuta dal soggetto deve aver determinato una modificazione del mondo fisico, economicamente valutabile, che rappresenta un impoverimento effettivo o potenziale del patrimonio ovvero della finanza dell’amministrazione pubblica³¹.

Le responsabilità del funzionario attengono alle gestioni pubbliche, intendendo per tali le attività relative all’acquisizione, alla utilizzazione ed alla alienazione di risorse finanziarie e/o patrimoniali facenti capo ad una pubblica amministra-

²⁹ V. C. conti, sez. Toscana, 9 ottobre 1996, n. 492, secondo cui «l’idoneità della condotta a determinare l’evento va stabilita con giudizio *ex ante*, così che non possono imputarsi al pubblico dipendente gli effetti straordinari, atipici ed imprevedibili dell’azione medesima».

³⁰ V. C. conti, sez. I, centr. 24 luglio 1997, n. 159/A, est. Morgante, che conferma orientamenti già precedentemente affermati dalle SS.RR. dec. n.142/1973 e n. 458/1986. In tal senso anche C. conti, sez. II centr., 4 giugno 1996, n. 25/A, est. Andreucci; sez. Toscana 9 ottobre 1996, n. 492, est. Greco.

³¹ La problematica sarà approfondita a proposito del danno risarcibile.

zione per il perseguimento diretto o indiretto di una finalità d'interesse generale.

Nell'ambito delle gestioni pubbliche si distinguono così gestioni finanziarie relative a movimenti di danaro e gestioni patrimoniali afferenti a beni demaniali o patrimoniali appartenenti ad enti pubblici.

Comunque, le responsabilità gestorie si qualificano in ragione del loro affidamento alla giurisdizione contabile, che le caratterizza particolarmente anche nel loro regime giuridico d'ordine sostanziale.

Talché per gestione pubblica, ai più limitati fini processuali, ci si riferisce alla circostanza che la risorsa (denaro o bene patrimoniale), che ne costituisce l'oggetto, sia di proprietà di una pubblica amministrazione (o almeno affidato alle sue cure, in modo tale che essa ne debba rispondere) e che il soggetto che gestisce sia inserito nella struttura amministrativa per essere un ente pubblico o un soggetto, individuale o collettivo, legato ad essa da un rapporto di servizio.

Va rilevato che le gestioni pubbliche ed, in specie, quelle finanziarie, si articolano, spesso anche in modo "trasversale", tra più organi ed amministrazioni pubbliche appartenenti a diverse strutture organiche, nell'ambito di un plesso funzionale alimentato da un identico flusso finanziario e collegati in unitari procedimenti amministrativi.

Di tale intreccio tra organi pubblici ha preso atto il legislatore che ha espressamente previsto che si risponde anche per danni provocati ad amministrazione diversa da quella di appartenenza³² (art. 1, comma 4, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639).

La Corte dei conti ha avuto, tradizionalmente, giurisdizione nei confronti dei danni perpetrati avverso enti pubblici economici (ossia quelli retti da normativa di diritto comune), limitatamente ai profili pubblicistici della loro azione ed, in particolare, in ragione dell'esercizio dei poteri autoritativi di auto-organizzazione e, più in generale, di funzioni pubbliche, in quanto disciplinati da normativa amministrativo-contabile di settore; al contrario per i restanti danni derivanti dall'attività imprenditoriale svolta da tali enti, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, trattandosi di materia disciplinata dal diritto comune.

In tempi recenti, l'ambito di tale giurisdizione nei confronti dei soggetti attraverso cui si realizzano interventi nell'economia da parte del settore pubblico si è decisamente ampliato, venendo a comprendere anche la sfera imprenditoriale degli enti pubblici economici e finanche l'azione complessiva delle società partecipate da enti pubblici³³.

In caso di trasformazione di amministrazione autarchica in ente pubblico economico o in società di capitali, permane comunque la giurisdizione della Corte dei conti sui danni provocati nell'ambito della vecchia gestione; non trova qui

³² La disposizione, per espressa volontà legislativa, si applica ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge introduttiva.

³³ L'argomento sarà oggetto di apposito approfondimento.

applicazione la disposizione di cui all'art. 5 delle Preleggi, trattandosi di normativa incidente direttamente sui rapporti sostanziali³⁴.

Nella responsabilità c.d. contabile del funzionario adibito in via episodica o continuativa al maneggio di valori dell'amministrazione, invece, la struttura dell'illecito è molto più semplice quanto all'elemento oggettivo.

Infatti, esso è costituito dalla qualifica di agente contabile e dalla difformità tra carico e discarico dei valori affidati.

La qualifica di agente contabile assorbe i sotto-elementi del rapporto di servizio e della natura pubblica della gestione, mentre la discordanza *de qua* comprende la condotta, l'antigiuridicità, il nesso di causalità e l'evento dannoso.

Bastano questi due aspetti per fondare una responsabilità del genere, da cui il soggetto può esimersi soltanto allegando e provando processualmente la sussistenza di cause indipendenti dalla sua sfera di prevedibilità e di evitabilità che abbiano l'idoneità ad interrompere il nesso di causalità presunto nella discordanza suddetta e ad escludere l'antigiuridicità.

Tale particolarità viene intesa, generalmente, come una inversione dell'onere della prova che, però, non si differenzia da quanto previsto dall'art. 1218 del codice civile per le obbligazioni e la responsabilità contrattuale.

Quanto alla qualifica di agente contabile, essa spetta a chiunque abbia, in via di diritto o di fatto, il maneggio o la disponibilità di denaro o altri valori dell'amministrazione quale depositario, esattore o tesoriere³⁵.

In un rapporto gestorio contabile costituito di diritto (es. a seguito di un contratto o una convenzione) con un soggetto (es. un ente pubblico o privato) possono inserirsi arbitrariamente altri soggetti, individuali o collettivi, che in concreto esercitano la gestione effettiva (es. amministratori di una persona giuridica che concorrono con la stessa in una gestione irrituale, violando i limiti dei loro compiti), assumendo così in via di fatto la qualifica di agenti contabili secondari.

Il carattere di gestione pubblica, finanziaria o patrimoniale, è "*in re ipsa*", collegata alla qualifica suddetta, così come l'inserimento del soggetto nell'amministrazione si realizza con l'assunzione della gestione e il suo effettivo svolgimento.

Anche in questa forma di responsabilità, di più spiccata impostazione contrattuale, rileva che il danno sia derivato da una condotta contraria ai propri doveri, ma la prova è parte attrice è semplificata per il meccanismo suddetto della c.d. inversione dell'onere della prova.

³⁴ V. Cass. SS.UU.CC. 4 maggio 1989, n. 2088 e 15 maggio 1992, n. 5792.; C. Conti SS.RR. 5 gennaio 1995, n. 1/A.

³⁵ V. C. conti, sez. Basilicata 17 gennaio 1998, n. 14, secondo cui si qualificano agenti contabili di fatto i soggetti che, pur se amministratori di una società assuntrice per conto dell'AIMA della custodia di cereali, si sono arbitrariamente ingeriti nelle funzioni gestorie del grano proprie dell'agente contabile costituito dalla società medesima. Parimenti si configura quale agente contabile di diritto la società di capitali che abbia assunto la veste giuridica di assuntore divenendo affidataria dell'incarico di svolgere in proprio operazioni esecutive di intervento nel mercato di cereali rientranti nei compiti istituzionali dell'AIMA.

3. L'elemento soggettivo nelle responsabilità patrimoniali

L'elemento soggettivo, in ambedue le forme di responsabilità del funzionario verso l'amministrazione, consiste in via generale nell'atteggiamento psicologico che pregna la condotta.

Non è sufficiente, per configurare una responsabilità del funzionario, la concorrenza di tutti i summenzionati aspetti afferenti l'elemento oggettivo, ma anche la riferibilità del comportamento alla volontà del suo autore, c.d. "suitas".

La necessità di tale elemento è considerata un'evoluzione della coscienza giuridica, che ormai rifugge da forme di responsabilità di tipo meramente oggettivo³⁶.

L'elemento soggettivo si atteggia come dolo e come colpa, venendo così a dare un diverso rilievo effettuale all'elemento psicologico³⁷.

Tale distinzione è conosciuta negli altri ordinamenti giuridici europei. Il codice svizzero delle obbligazioni, risalente al 1911, all'art. 41, dopo aver disposto al 1 comma che «chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri con intenzione, sia per negligenza ed imprudenza», aggiunge al 2 comma che «parimenti chiunque è tenuto a riparare il pregiudizio che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi».

Ugualmente il par. 826 del B.G.B. cui, per vero, si è ispirato l'art. 41 succitato del codice svizzero. Inoltre, va ricordato il codice austriaco del 1811 (A.B.G.B.), che distingue chiaramente tra malizia e imprudenza.

La distinzione è anche applicata nel sistema del *common law*, ove le corti in materia di *torts* si riferiscono spesso a "malicious prosecution", "difamation", ad "inducing breach of contract", "intimidation" e "conspiracy".

La definizione del dolo è generalmente mutuata da quella offerta all'art. 43 dal codice penale³⁸, anche se non manca chi evidenzia difficoltà di adattamento al campo civile³⁹.

³⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; ID., *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in G. ALPA (a cura di), *Lo spirito del diritto civile*, Genova, 1985, II, 427. S. SCHIPANI, *Culpa e responsabilità ex lege Aquilia*, in *Atti dell'incontro di studi su "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile"*, Pisa, 11-III-1977, in *Resp. Civ. prev.*, 1977, 728. M. TALAMANCA, *Colpa civile (storia)*, in *Enc. del dir.*, VII, 1960, 517.

³⁷ Cfr. P. CENDON, L. GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da BIGIAMI, I, Torino, 1987, 124.

³⁸ Cfr. E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., 42, nota 81; G. QUAGLIARELLO, *Sulla responsabilità da illecito nel vigente codice civile*, Napoli 1957, 30; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969, 8; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., V, 539; C.F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. tri. dir. proc. pen.* 1962, 67; R. ALESSI, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, cit., 658 ss.

³⁹ Cfr. M. PLANIOL, *Dol civil et dol criminel*, in *Rev. Crit. Lég. Jurispr.*, 1893, 545; C. MAIORCA,

Il dolo consiste nella coscienza e volontà delle conseguenze dannose della sua condotta.

Analizzando tale nozione si evidenziano due elementi, di cui uno intellettivo e l'altro volitivo.

L'elemento intellettivo è costituito dalla rappresentazione o conoscenza degli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva tra cui, in particolare, l'antigiuridicità del comportamento – tra cui rientra la consapevolezza dell'illegittimità del provvedimento da adottarsi – talché l'autore prevede il danno ingiusto come conseguenza della sua condotta commissiva od omissiva.

L'elemento volitivo è costituito, a sua volta, dalla volontà consapevole di realizzare il fatto tipico, che deve investire, quindi, non solo la condotta ma anche tutti gli altri elementi oggettivi tra cui, in particolare, il risultato di essa.

Il dolo presenta una diversa intensità in ragione del livello di consistenza dei due momenti, che assume un rilievo nel momento in cui il giudice deve operare la ripartizione del danno o operare la scelta di applicare il potere riduttivo.

Per quanto concerne il momento conoscitivo la sua graduazione deriva dal livello di chiarezza e di certezza della rappresentazione del fatto, mentre l'intensità del momento volitivo va rapportata al grado di adesione psicologica del soggetto al fatto, nonché alla complessità ed alla durata della vicenda.

Il dolo proprio in ragione della suddetta diversa intensità può assumere alcune qualificazioni ben note al diritto penale.

Il dolo è intenzionale allorché l'autore mira proprio alla realizzazione del fatto illecito, venendo così ad assumere un ruolo predominante il momento volitivo.

Il dolo è diretto nei casi in cui l'autore si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie dannosa e si rende conto perfettamente che la sua condotta sicuramente la realizzerà o almeno concorrerà a realizzarla: in tale figura un ruolo predominante viene giocato dal momento della coscienza.

Il dolo è eventuale, allorquando l'autore almeno preveda la concreta possibilità del verificarsi di un evento dannoso che non vuole, ancorché accetti il rischio del suo verificarsi. Esso si differenzia dalla colpa cosciente, in cui l'autore confida con certezza nella circostanza che non si verificherà l'evento lesivo.

Dalla qualificazione di una condotta quale dolosa e, quindi, come intenzionale, diretta o eventuale, deriva una diversa incidenza in ordine alla misura del risarcimento, come in sede di determinazione e ripartizione del danno risarcibile, di utilizzazione del potere riduttivo, di minore incidenza del concorso colposo di terzi o dell'ente danneggiato.

Il dolo consiste in un atteggiamento psicologico interiore che non è possibile provare direttamente, ma esclusivamente attraverso un esame delle circostanze oggettive ed, in particolare, della condotta in cui esso si concreta.

Colpa civile (teoria generale), in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano 1960, 566; T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano 1956, 180 ss.

Il suo accertamento, quindi, si basa su regole di esperienza, ove esse trovino conforto e riscontro nelle circostanze oggettive.

Esso comunque non può essere presunto o ritenuto sussistente in via implicita.

La nozione di colpa, a sua volta, è stata molto approfondita dalla dottrina penalistica, in quanto nel diritto penale essa assume la sua massima latitudine ed essa si distingue nettamente dal dolo.

Dottrina e giurisprudenza tendono a porre l'aspetto psicologico su di un piano secondario ed eventuale, riferendosi essenzialmente alla sussistenza dei presupposti obiettivi della responsabilità piuttosto che a quelli soggettivi, tanto più che la colpa nel campo contrattuale viene valutata in termini rigorosamente obiettivi.

Al contrario nella responsabilità del funzionario verso l'amministrazione la colpa va distinta dal dolo, in quanto essa assume un autonomo statuto che ha rilevanza sul piano delle conseguenze giuridiche (sussistenza o meno dell'illecito, determinazione e ripartizione del danno risarcibile, utilizzazione del potere riduttivo, minore incidenza del concorso colposo di terzi o dell'ente danneggiato).

Ciò anche in relazione alla diversa incidenza – chiaramente maggiore in caso di dolo e minore in caso di colpa – che tende a realizzarsi in relazione alla funzione sanzionatoria⁴⁰ e preventiva⁴¹ che è chiamata a svolgere l'istituto della responsabilità.

Pertanto, appare necessario operare una trasposizione nel nostro settore delle

⁴⁰ Cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino 1959; H. SIBER, *Grundriss des deutschen bürgerlichen Recht*, II, Schuldrecht, Leipzig, 1931, 468; H. STOLL, *Penal Purposes in the Law of Torts*, in *Am. Journ. Comp. Law* 1970, 20; M.C. CORMICK, *Handbook of the law of damages*, St. Paul Minn. 1935, 499. E. CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift Rabel*, Tübingen, I, 1954, 352 e 354; P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149.

⁴¹ Nell'attribuire un maggiore rilievo al dolo, alcuni Autori pongono l'accento su considerazioni di ordine essenzialmente morale: R. POUND, *Equitable Relief against Defamation*, in *Harv. L. Rev.* 1915-16, 652; Gr. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Torts*, in *Curr. Leg. Probl.* 1951, 172; T.M. REMÉ, *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz*, Berlin, 1962, 49; G. MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlicher Haftung*, in *AcP*, 1963, 60; F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, 1964, 58; DEUTSCH, *Die Zwecke des Haftungsrechts*, in *JZ*, 1971, 245; E. HIPPEL, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen*, in *NjW*, 1967, 1732; J.G. FLEMING, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, 1969, 181; J. HELLNER, *Torts Liability and Liability Insurance*, in *Scand. Stud. in Law* 1962, 155.

Altri Autori, poi, si riferiscono alle maggiori probabilità della realizzazione del danno, come L. TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungdelikte im Straf- und Zivilrecht*, in *Festgaben L. Enneccerus*, Marburg, I, 1913, 121; A. EHRENZWEIG jr., *Die Schuldbaftung im Schaldenesatzrecht*, Wien, 1936, 185; P. BLEY, *Schadenersatz*, München u. Berlin, 1965, 73; J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris 1973, 140; G.P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theor*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 550.

Su questi presupposti altri Autori considerano la prevenzione di fatto come fine del maggiore rilievo dato al dolo: F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo 1930, 145; P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 102; G. EORSI, *Correlation between Liability and Insurance*, in *AA.VV.*, *Droit hongrois-Droit comparé*, Budapest, 1970, 95; A.F.S. MAASDORP, *Delicts*, 7 ed., Cape Town-yberg-Johannesburg 1963, 91.

problematiche proprie della scienza penalistica e segnatamente dei risultati delle sue indagini⁴².

Quanto alla struttura, gli elementi costitutivi della colpa del funzionario sono tradizionalmente tre.

In primo luogo, vi deve essere la mancanza di volontà del fatto materiale tipico.

In secondo luogo, deve sussistere l'effettiva violazione di una regola di condotta sociale o scritta.

In terzo luogo, deve ricorrere l'attribuibilità dell'inosservanza delle cautele *de quibus* all'autore.

Secondo la tradizione romanistica, la colpa si distingue in grave, lieve e lievissima⁴³.

La colpa grave ("*culpa lata*") corrisponde alla "*magna negligentia*", ossia a "*id est non intellegere quod omnes intellegunt*", tanto da confondersi con il dolo ("*culpa lata dolo equiparatur*").

La colpa lieve ("*culpa levis*") consiste nella mancanza della diligenza del buon padre di famiglia.

La colpa lievissima ("*culpa levissima*") corrisponde alla violazione della "*magna diligentia*".

Nell'ambito della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione si risponde esclusivamente per colpa grave, in quanto si è ritenuto di preservare i pubblici funzionari dal rischio di conseguenze risarcitorie per errori in cui facilmente si può incorrere nell'esercizio dei complessi e mutevoli compiti (art. 1, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639).

Evidentemente, la legge intende evitare che il timore di commettere errori scoraggi i funzionari da un sereno e proficuo svolgimento dei loro complessi compiti, che per essere finalizzati all'interesse pubblico giustificano la conseguenza di far apparire secondario ed accettabile l'inconveniente di lasciare l'ente danneggiato dalla negligenza "lieve"⁴⁴.

⁴² Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1975, 289; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1979, 290 ss.

⁴³ Secondo A. FIGONE, M.R. SPALLAROSSA, *La colpa*, in *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. civ. e comm.*, cit., 49: «L'affermazione della rilevanza della graduazione della colpa pare peraltro superata, in quanto una giurisprudenza consolidata ritiene che tale graduazione non abbia rilievo ai fini del risarcimento del danno». In tal senso in dottrina G. ALPA, M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino 1982, 14. In giurisprudenza Cass. civ., 9 ottobre 1971, n. 2821; Cass. civ., 8 settembre 1970, n. 1294.

⁴⁴ V. C. conti SS.RR. 22 settembre 1997, n. 66/A, secondo cui «la limitazione delle responsabilità amministrative alle ipotesi di dolo o colpa grave non significa che l'ordinamento consenta un comportamento lassista dei pubblici dipendenti ed assoggetti pertanto alla sanzione risarcitoria solo quei comportamenti che costituiscono macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio, in quanto la limitazione della responsabilità si fonda sulla considerazione che, essendo molto elevato lo sforzo

La giurisprudenza della Corte dei conti ha tentato di qualificare la colpa grave con riferimento al suo campo.

Essa consiste nell'omissione di quelle cautele minimali, in una superficialità e leggerezza nel curare gli interessi pubblici e dell'amministrazione, che fanno trapassare uno scarso interesse, un dispregio ed una sconsiderazione massima⁴⁵.

Rientra nella nozione di colpa grave la c.d. colpa cosciente, che ricorre allorché il funzionario, pur non volendo commettere l'illecito con le sue conseguenze dannose, si rappresenti tale eventualità quale conseguenza della sua condotta, ancorché confidi con certezza nella circostanza che non si verifichi l'evento lesivo.

Qui il confine con il dolo eventuale è sottile ed è veramente giustificato quel brocardo per cui "*culpa lata dolo aequiparatur*".

Una prima fondamentale distinzione nella nozione in discorso è tra colpa generica e colpa specifica, che però mantengono una sostanziale unità ontologica⁴⁶.

La colpa generica consiste nell'inosservanza di regole *sociali* di diligenza, prudenza e perizia, tratte dalla comune esperienza, suggerite, di volta in volta, dalla concreta fattispecie e non contemplate in un testo normativo.

La prudenza e la diligenza consistono in quel complesso di cure e cautele che ogni soggetto deve normalmente utilizzare nei rapporti della vita con riguardo alle concrete circostanze della situazione in cui si esplica l'attività⁴⁷.

In particolare, mentre la diligenza è conformità ad una regola di condotta che prescrive un'attività positiva, la prudenza ad una regola che prescrive di non realizzare una determinata azione o di compierla con modalità particolari.

L'imperizia, a sua volta, si risolve nella violazione di particolari regole afferenti a determinate arti o professioni ovvero, in alternativa, nel difetto di quelle abilità che sono richieste nell'esercizio di una specifica funzione o attività; talché si pone come una diligenza o prudenza qualificata⁴⁸.

di diligenza richiesto al pubblico dipendente e note le disfunzioni dell'apparato amministrativo, sono addebitabili solo le mancanze più gravi, risultando quindi manifestamente infondato ogni dubbio circa la legittimità costituzionale di tale limitazione».

⁴⁵ V. C. conti, sez. Veneto, 10 febbraio 1997, n. 71, secondo cui il requisito della colpa grave non sussiste in presenza di una mera violazione di norma, ma va individuata nell'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima e di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, nonché nell'agire senza le opportune cautele, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza osservare quel grado minimo di diligenza che tutti, comprese le persone al di sotto della media sociale, quanto a cautela e diligenza, sono in grado di usare.

V. C. conti, sez. Puglia, 3 aprile 1997, n. 16, secondo cui l'incertezza interpretativa di una norma esclude la colpa grave, specie se è risultata necessaria una successiva legge interpretativa cui, peraltro, seguì una giurisprudenza contraddittoria del Consiglio di Stato.

⁴⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 297; E. ALTAVILLA, *Colpa penale*, in *Noviss. Dig. It.* vol. III, Torino 1959, 548; G. ALPA, M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. priv.*, cit., 290.

⁴⁷ V. App. Milano, 9 luglio 1974, n. 42.

⁴⁸ V. Cass. civ., 25 aprile 1976, n. 1454, secondo cui per imperizia deve intendersi sia la violazione di particolari norme attinenti a determinate arti o professioni, sia il difetto di quell'abilità che

La colpa specifica consiste nella violazione di norme contenute in atti sia di carattere generale, quali le leggi, i regolamenti interni ed esterni e discipline prescritte dall'autorità, che di carattere individuale, quali ordini specifici provenienti da una pubblica autorità.

Indubbiamente, non ogni violazione di norme può dare luogo a responsabilità a titolo di colpa, ma esclusivamente quella di norme stabilite per prevenire, direttamente o indirettamente, eventi dannosi.

Si tratta pur sempre di regole di condotta che recepiscono per iscritto e, conseguentemente, impongono regole di comune esperienza formatesi con il tempo nei diversi settori operativi.

Va osservato che esse non esauriscono ogni cautela, in quanto se sia comunque necessaria l'adozione di ulteriori cautele volte ad evitare l'evento dannoso, esse vanno adottate in aggiunta alle norme scritte.

Il contenuto è sempre lo stesso, consistendo in negligenza, imprudenza ed imperizia nelle forme cristallizzate dall'ordinamento giuridico.

Tale differenziazione rileva a livello processuale in relazione alla relativa prova.

Infatti, l'accertamento della colpa generica deve essere condotto secondo i criteri della prevedibilità e della prevenibilità o evitabilità.

È possibile configurare un'imprudenza o negligenza generica solo allorquando era prevedibile che da quell'azione od omissione sarebbe derivato l'evento dannoso, in quanto se ciò non ricorresse nessun rimprovero potrebbe muoversi all'autore. Per una valutazione della prevedibilità occorre comunque tenere conto oltre che delle cognizioni proprie dell'uomo medio, anche di quelle effettive dell'autore.

Occorre ancora che la prevenibilità o evitabilità dell'evento medesimo, in quanto le conseguenze del comportamento che il soggetto non è in grado di impedire non gli possono essere riferite, rappresentando nei suoi confronti una mera fatalità. In tal senso il caso fortuito, inteso come accadimento imprevedibile, rappresenta il limite negativo della colpa.

Prevedibilità ed evitabilità devono essere valutate in concreto, ossia determinate non tanto con il parametro dell'uomo espertissimo o dell'uomo medio, bensì con il parametro relativistico dell'uomo giudizioso *eiusdem professionis ac conditionis*.

Per quanto riguarda, invece, la colpa specifica per la configurazione di una responsabilità basta l'accertamento della violazione della disposizione, semprecché si sia verificato uno di quegli eventi alla cui prevenzione si rivolgeva la norma violata.

Qui il criterio della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso soccorre solo nell'ipotesi in cui il giudizio prognostico sul pericolo e sui mezzi per evitare l'evento dannoso sia compiuto dalla stessa autorità che pone la norma scritta.

è richiesta nell'esercizio di una determinata funzione o o attività. Cass. Pen. 17 dicembre 1971, secondo cui nella perizia rientra senza alcun dubbio l'esigenza di non creare situazioni di pericolo per l'altrui incolumità.

Costituiscono dei limiti al dovere di diligenza i principi della divisione del lavoro e dell'affidamento.

Nelle condotte in cui concorre una pluralità di soggetti, il principio della divisione del lavoro e/o delle competenze comporta che ciascuno risponda esclusivamente del corretto adempimento dei doveri di diligenza, prudenza e perizia inerenti ai compiti affidatigli.

Naturalmente, ciò non esclude che determinati partecipanti rivestano un ruolo di supremazia con connesse mansioni di controllo e di sorveglianza dell'operato degli altri, che impongono un particolare sforzo di diligenza anche per la parte di attività rimessa operativamente ai collaboratori ed ai sottoposti.

Alla stessa conclusione si giunge, ove sussistano in concreto ragioni obiettive o soggettive che fanno dubitare del fatto che uno o più degli altri partecipanti tengano un comportamento diligente⁴⁹.

Il principio di affidamento comporta che chi agisce nel rispetto dei doveri di diligenza oggettiva è legittimato a fare affidamento su di un comportamento altrettanto diligente dei terzi la cui condotta interferisce con la propria, salvo che tale aspettativa sia esclusa da determinate circostanze o dalla consapevolezza della mancanza di collaborazione.

Così avviene per il responsabile di un'organizzazione e per gli amministratori che abbiano in buona fede basato le loro scelte su indicazioni provenienti da uffici tecnici ed amministrativi strumentali (art. 1-ter, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639).

La colpevolezza, sia nella forma del dolo che della colpa, è esclusa da quelle situazioni che eliminano il nesso psichico, nel senso che nessun rimprovero può muoversi all'autore di una condotta dannosa.

Ciò avviene nelle seguenti ipotesi:

a) incoscienza indipendente dalla volontà, provocata da delirio, deliquio, paralisi, ipnosi, sonnambulismo e similia, che comportano il compimento di azioni od omissioni prescindenti da ogni possibilità di dominio: si pensi a un conducente automobilistico che, colpito da una di tali situazioni patologiche, non compie la manovra necessaria, provocando un incidente stradale;

b) forza maggiore, consistente in una forza esterna della natura o di altro soggetto, non dominabile né evitabile dall'uomo, che provoca il compimento di un'azione o di una omissione involontaria, come ad esempio un improvviso movimento tellurico o un violento colpo di vento;

c) errore (nella volizione) non gravemente colposo sul fatto costitutivo dell'illecito contabile.

L'errore, cui è da parificare l'ignoranza, deve avere ad oggetto uno degli ele-

⁴⁹ Cfr. E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Foro Italiano* 1983, II, 167.

menti richiesti per la configurazione di una responsabilità patrimoniale del genere.

L'errore sul fatto può derivare, altresì, da un errore o ignoranza di una disposizione di legge che configuri un elemento costitutivo dell'illecito contabile.

Non è, comunque, rilevante l'errore sul rapporto di causalità, così come in sé l'errore di diritto.

4. Solidarietà e sussidiarietà *nella responsabilità patrimoniale*

Quando in un rapporto vi sono più debitori, questi si presumono obbligati solidalmente rispetto al creditore, salvo che diversamente sia previsto dal titolo o dalla legge (art. 1294 c.c.).

In ipotesi di responsabilità interna dei funzionari, se il fatto dannoso è imputabile a più persone, la responsabilità solidale opera unicamente nei confronti dei concorrenti beneficiari di illecito arricchimento (art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. l. 20 dicembre 1996, n. 639) o di coloro che abbiano agito con dolo.

Siffatta disposizione ha, quindi, limitato l'applicazione della solidarietà a casi marginali, rendendo il debito da illecito dei funzionari essenzialmente parziario.

La disposizione in esame non tiene conto che, in tali illeciti, la funzione del vincolo solidale, non era tanto quella di agevolare l'esercizio del diritto di credito da parte dell'ente creditore rafforzandone la garanzia, ma una conseguenza della circostanza che ogni coautore è considerato causa efficiente dell'intero fatto dannoso, in relazione ai principi di carattere generale fissati dall'art. 41, comma 1, c.p. sull'equivalenza causale⁵⁰.

Pertanto, ancorché denominata impropriamente solidale, trattasi di responsabilità cumulativa che astringe i coautori di un evento dannoso in un vincolo qualitativamente superiore e quantitativamente più intenso rispetto a quello solidale, tanto da determinare un'assoluta inscindibilità del rapporto, che è unico e che processualmente dà luogo ad un litisconsorzio necessario.

Comunque, ormai esclusa la solidarietà per la generalità delle ipotesi di concorso "esterno" di più persone nel determinismo causale, si tende a enucleare un'eccezione di rilievo rappresentata dalle deliberazioni degli organi collegiali, frutto di concorso "interno".

Infatti, le più volontà dei singoli votanti conservano natura interna e non assumono in sé alcun valore causale autonomo, se non sono ricondotte ad unità ipostatica, in un processo di "*reductio ad unum*", attraverso la proclamazione di un risultato conclusivo, che rileva all'esterno quale volontà del Corpo.

Dunque, le deliberazioni collegiali costituiscono sintesi e non somma delle singole volontà che in essa si esprimono e si fondono, dando origine ad una volontà unica rilevante all'esterno in quanto opera congiunta non separabile; di tal

⁵⁰ V. C. conti, sez. II, 1973/108.

che non si può ammettere il venir meno del principio della solidarietà tra le componenti di una sola volontà⁵¹.

Il giudice ha fatto ampio uso di questo istituto, cercando di coniugarlo con la parziarietà richiamata dall'art. 82 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e che è una concreta applicazione della natura esclusiva della giurisdizione contabile essendo così impedita la cognizione in via di rivalsa di qualunque altro giudice⁵².

Si è così venuto a creare un ibrido – ancora vigente per le ipotesi di illecito arricchimento e di dolo – secondo cui la solidarietà insita nella obbligazione risarcitoria con più responsabili non esclude che il giudice determini il *quantum* da porre a carico dei singoli coobbligati in relazione all'efficienza causale del fatto concorrente a ciascuno imputabile⁵³.

Nel caso di mancata ripartizione da parte del giudice delle quote tra i più corresponsabili, esse si presumono uguali ed in caso di morte di uno dei coautori la relativa quota non può far carico ai superstiti, ove non si determini successione a carico degli eredi⁵⁴.

Naturalmente, il vincolo di solidarietà richiede unicità di prestazione e di causalità unica dell'obbligazione nei suoi presupposti e nel suo risultato, per cui è da escludersi quando l'incidenza causale delle condotte dei corresponsabili nella produzione dell'evento dannoso sia stata distinta e separata, ancorché concorrente al verificarsi ed al concretizzarsi, nell'importo accertato, del danno medesimo⁵⁵.

Né ha rilievo per escludere aprioristicamente la solidarietà il diverso titolo di responsabilità, contabile o amministrativa, attribuibile a ciascuno degli autori del danno erariale, qualora abbiano tutti concorso alla produzione dello stesso evento dannoso⁵⁶.

Avendo la novella *de qua* natura processuale, essa retroagisce applicandosi ai giudizi in corso e a quelli definiti con sentenza passata in giudicato (pronunciata

⁵¹ V. C. conti SS.RR. 1° luglio 1998, n.1/A. *Contra* SS.RR. 20 marzo 1997, n. 33/A; C. conti, sez. II, centr. 27 novembre 1997, n. 232/A, secondo cui «il vincolo di solidarietà passiva fra soggetti condannati a titolo di responsabilità amministrativa, anche quando i singoli comportamenti siano confluiti nella realizzazione di un atto collegiale». Nello stesso senso anche C. conti, sez. I, centr. 19 dicembre 1997, n. 35, secondo cui il vincolo di solidarietà «è strettamente consequenziale alla natura collegiale di tali atti, comportante la necessaria fusione e unificazione delle volontà espresse dai singoli membri nella volontà dell'organo collegiale; e, pertanto, la responsabilità patrimoniale-amministrativa di tali soggetti è ancora regolata dall'art. 24 del d.P.R. n. 3/1957 ove prevede il coinvolgimento in solido nell'obbligo risarcitorio dei membri dell'organo collegiale che hanno partecipato con voto favorevole all'adozione degli atti deliberativi lesivi». Allo stesso modo C. conti SS.RR. 17 dicembre 1996, n. 79/A, che ammette il vincolo solidale anche tra componenti l'organo collegiale e v. segretario generale che espresse parere favorevole.

⁵² V. C. conti, sez. Sardegna 16 maggio 1989, n. 93.

⁵³ V. C. conti, sez. I, 1984/174; sez. II, 1964/88; SS.RR. 1964/33.

⁵⁴ V. C. conti, sez. II, 6 aprile 1995, n. 11/A.

⁵⁵ V. C. conti, sez. I, 1974/21.

⁵⁶ V. C. conti, sez. II, 1989/19.

in procedimento pendente alla data di entrata in vigore del d.l. 28 giugno 1995, n. 248).

Per questi ultimi casi è stato predisposto in via transitoria il rimedio del ricorso per revocazione, ai fini dell'individuazione della quota di risarcimento da porre in capo ai vari concorrenti⁵⁷.

Alla retroattività *de qua* non può comunque essere riconosciuta una valenza assoluta, in quanto altrimenti si verificherebbero delle perverse ed inammissibili conseguenze – peraltro imprevedute ed imprevedibili – nel corso dello sviluppo dello stesso rapporto giuridico, dal punto di vista sostanziale e processuale, a danno del creditore ente pubblico.

Infatti, comunque occorre far salvi gli effetti già realizzatisi per via della solidarietà precedentemente sussistente tra le responsabilità delle più parti.

Se più soggetti sono chiamati a rispondere a diverso titolo di un danno subito dall'erario, si pone il problema della sussidiarietà, sia che sussista o meno il vincolo solidale.

Per diversità di titolo qui si intende la situazione di più convenuti, che abbiano compiuto illeciti di diverso tipo o natura.

Quindi si comprendono sia l'ipotesi di concorso di responsabilità contabile con quella amministrativa che quella di concorso – nell'ambito della stesso tipo di responsabilità, sia essa amministrativa o contabile – di forme e modalità diverse⁵⁸.

In ambedue le ipotesi può determinarsi una graduazione tra le responsabilità, talché si può individuare una principale ed una sussidiaria.

Casi concreti del genere si hanno quando ad un soggetto sia imputata la causazione effettiva del danno (specie da responsabilità contabile, ma anche da responsabilità amministrativa) ed all'altro un'omissione di vigilanza o un controllo inefficiente.

Orbene – non avendo allo stato della legislazione la responsabilità *de qua* natura prettamente sanzionatoria, e dovendo quindi essa essere rapportata all'effettivo danno inferto all'ente – il danno dovrebbe essere ripartito tra di essi, in ragione del diverso apporto causale.

Ma così operando si viene assurdamente a limitare il peso economico dell'ille-

⁵⁷ Ormai con la formulazione definitiva e chiara della disposizione la giurisprudenza è concorde sulla retroattività assoluta della novella. Sul punto, però, si erano avute nel recente passato pronunce discordi, anche in ragione del susseguirsi dei vari decreti-legge non convertiti e riproposti con modifiche riguardanti anche il problema della solidarietà. È stata sostenuta a volte la non retroattività (C. conti, sez. Campania, n. 91/95 del 5-6 ottobre 1995) ed a volte la retroattività (C. conti, sez. Campania, n. 92/95 del 9 novembre/15 dicembre 1995).

⁵⁸ V. C. conti, sez. Lazio, 17 dicembre 1997, n. 222, secondo cui nel concorso di responsabilità tra chi ha agito con dolo e chi ha agito soltanto colposamente «opera la sussidiarietà dell'obbligazione risarcitoria ascritta ai concorrenti colposi, attuabile per il caso di incapienza del diretto responsabile, che costituisce una responsabilità avente natura eventuale rispetto a quella principale del responsabile doloso».

cito compiuto dal responsabile c.d. principale – si pensi al caso limite dell'appropriazione di somme o valori – che si viene ad avvantaggiare senza ragione del coinvolgimento di colui che avrebbe dovuto vigilare.

Se opera la solidarietà tra di essi (in ipotesi di illecito arricchimento del responsabile principale), il giudice contabile può pronunciare al riguardo della quota di danno posta a carico del responsabile c.d. sussidiario, utilizzando una formula consueta di condanna “*fino alla concorrenza di*” una determinata somma.

Ma se la solidarietà è esclusa dalla mancanza di arricchimento del responsabile c.d. principale e/o di dolo dei concorrenti, e si è comunque al di fuori di una responsabilità cumulativa, per non superare l'ammontare del danno erariale non resta al giudice contabile che condannare il principale al pagamento del tutto ed il concorrente secondario ad una somma minore di cui risponderà solo nel caso di infruttuosità delle procedure esecutive esperite contro il primo.

Si viene così a riconoscere al concorrente sussidiario una sorta di “*beneficium excussionis*”, rendendolo garante del risarcimento del danno fino alla concorrenza di tale somma⁵⁹.

Indubbiamente manca una specifica disposizione di legge che autorizzi in tal senso, ma chiaramente essa è insita nel sistema processuale e sostanziale contabile, in quanto certamente il giudice contabile – in ambito di giurisdizione esclusiva a copertura costituzionale – ha il potere di stabilire nella sentenza stessa le modalità di esecuzione peraltro rimesse all'amministrazione, in modo da definire *a priori* ogni possibile controversia sull'interpretazione e l'applicazione della decisione medesima.

Il suddetto principio è necessariamente presupposto dal combinato disposto di cui agli artt. 11 e 16 del R.D. 5 settembre 1909, n. 776, recante la disciplina dell'esecuzione delle decisioni di condanna della Corte dei conti, ove si stabilisce che i versamenti eseguiti dai corresponsabili, stando a rappresentare il risarcimento parziale o totale del danno subito dall'ente, vanno imputati sul capitale dovuto dal debitore principale⁶⁰.

Dunque, non è da riconoscersi la sussistenza in tali casi di un vero e proprio beneficio di preventiva escussione, analogo a quello previsto dal diritto civile, ma di un ordine impartito dal giudice contabile all'amministrazione procedente all'esecuzione in ordine alle modalità attuative della sentenza.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha generalmente negato una sussidiarietà della responsabilità del concorrente secondario in ragione del vincolo solidale che astringeva le parti⁶¹ e solo di rado ha fatto riferimento alla sussidiarietà,

⁵⁹ V. C. conti SS.RR. 1986/496 e in dottrina recentemente v. F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti: responsabilità, conti, pensioni*, cit., 173-174.

⁶⁰ V. C. conti, sez. Lombardia, 20 febbraio 1995, n. 141.

⁶¹ V. C. conti, sez. II, 1980/123 e SS.RR. 1987/535.

ma essenzialmente per escludere la solidarietà⁶², anche se a volte ha ammesso la compatibilità della solidarietà con la sussidiarietà⁶³.

La nozione di illegittimità finanziaria indica la difformità di atti, attività e gestioni rispetto alla legge, sotto il profilo formale e sostanziale, e non determina in sé l'illiceità del comportamento di coloro che hanno il compito di amministrare e di gestire.

Ciò deriva dal diverso oggetto dei due giudizi, costituito nell'un caso dall'atto, dall'attività o dalla gestione in sé, nell'altro caso dal comportamento dei funzionari.

D'altronde, per configurare un'illiceità finanziaria occorre la concorrenza di ulteriori elementi, quali una condotta in rapporto di causalità con un evento dannoso, la colpevolezza nel grado richiesto dalla legge, un rapporto di servizio e l'antigiuridicità.

Orbene, l'illegittimità incide solo su quest'ultimo elemento dell'illecito, determinando il contrasto tra il comportamento di chi ha posto in essere il comportamento collegato all'attività e l'ordinamento giuridico finanziario.

In verità, ove si intenda l'illegittimità sotto il limitato profilo formale tanto più riferito a singoli atti, la differenza con l'illiceità finanziaria appare notevole, potendo quest'ultima scaturire da comportamenti prescindenti da atti ovvero collegati ad atti ritenuti "formalmente" legittimi ancorché irragionevolmente antieconomici.

Naturalmente, a fronte di un atto formalmente legittimo *ab origine* oppure divenuto tale per via di sanatoria legislativa o amministrativa non può ipotizzarsi un'illiceità (di tipo formale) per mancanza dell'antigiuridicità.

Se, invece, ci si riferisce alla legittimità "sostanziale"⁶⁴ la differenza sotto tale profilo scompare, in quanto a fronte di una gestione illegittima non può non realizzarsi l'antigiuridicità della condotta collegata.

Gran parte delle ipotesi di illecito dei funzionari è conseguenza del compimento di atti giuridici "*contra legem*" e perciò illegittimi.

L'illegittimità dipende, generalmente, dalla mancanza di uno dei presupposti o dei requisiti richiesti dall'ordinamento giuridico per l'emissione dell'atto, talché esso risulta viziato.

Orbene, tale vizio può essere "eliminato" in via amministrativa attraverso la convalida o la ratifica da parte dell'organo competente ovvero "superato" in via legislativa con la validazione successiva per qualificazione normativa retroattiva nei limiti ammessi dalla Costituzione⁶⁵.

⁶² V. C.conti, sez. II, 1985/17 e 1986/165; SS.RR. 1989/630 e 1990/665.

⁶³ V. C.conti, sez. II, 1987/133 e 1988/172.

⁶⁴ Per un approfondimento della nozione di legittimità "piena" e di legittimità "sostanziale" v. M. SCIASCIA, *Un rinnovato controllo di legittimità finanziaria per la Corte dei conti*, in *Riv. C. conti* n. 6/97, 336. In tale prospettiva la legittimità "sostanziale" viene ad assumere il significato di conformità piena ed ottimale di una gestione finanziaria all'interesse pubblico nella concreta rappresentazione tenuta presente dall'amministrazione ed in ragione alla realtà effettiva esistente.

⁶⁵ In tal modo tentò di sanare inquadramenti illegittimamente disposti negli enti locali l'art. 3,

In tutti e due i modi si determina l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto e, quindi, il venir meno "*ab origine*" dell'illiceità dello stesso.

Non rientra nell'ambito della sanatoria legislativa *de qua* la diversa ipotesi in cui la legge mantenga "fermi" i provvedimenti dannosi (o comunque ne faccia "salvi" gli effetti), ancorché illegittimi, senza qualificarli "validi"⁶⁶, dato che certamente l'antigiuridicità del fatto permane almeno nel periodo intermedio tra l'emanazione dell'atto (o la sua diversa decorrenza) e la disposizione che ne salva gli effetti⁶⁷.

comma 6 *bis*, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 nel testo introdotto dalla legge 28 ottobre 1994, n. 586 in sede di conversione del d.l. 27 agosto 1994, n. 515. Il tentativo fallì in quanto, a seguito dell'ordinanza di legittimità costituzionale emanata dalla Sezione Giurisdizionale per la Campania della Corte dei conti n. 3/95 del 7 dicembre 1994, la Corte Costituzionale ebbe a dichiararne l'illegittimità costituzionale con sentenza n. 1 dell'8-9 gennaio 1996.

⁶⁶ In tal modo si provvede nell'art.28 comma 2° della legge 31 maggio 1990 n.128 in ordine agli inquadramenti illegittimamente disposti per le Unità Sanitarie Locali.

⁶⁷ Un caso emblematico sul problema della sanatoria legislativa è rappresentato dalla disposizione, individuata come comma 2-*ter*, introdotta dall'art. 3 della legge 20 dicembre 1996, n. 639, in sede di conversione con modificazioni del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, che espressamente esclude l'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori locali per la mancata copertura minima del costo dei servizi.

Sulla compatibilità della citata disposizione con la Costituzione si sono nutriti immediatamente forti dubbi, di cui si è ritenuto di investire d'ufficio la Corte Costituzionale per una pronuncia risolutiva (C. conti. sez. Basilicata, ord. n. 030 del 16-24 gennaio 1997).

La norma contestata – lungi dall'influire sui presupposti sostanziali dell'illecito (cioè in particolare l'obbligo di copertura minima e la sua misura percentuale), che rimangono intatti e cogenti – incide direttamente sulla stessa legittimazione processuale del Pubblico Ministero ad agire a tutela delle finanze pubbliche lese da un comportamento illecito di amministratori locali che non abbiano applicato la legislazione vincolante sulla copertura minima del costo di gestione dei servizi pubblici locali.

Pertanto, si configura quale norma di carattere processuale, come tale immediatamente applicabile a tutti i giudizi in corso e tra di essi al presente, tanto più che l'abolizione di ogni accesso alla tutela giurisdizionale in una determinata materia ridonda a esclusione della giurisdizione stessa.

La Corte dei conti, investita di un giudizio del genere, in applicazione di tale disposizione di legge non potrebbe non dichiarare inammissibile l'atto introduttivo del processo per difetto di legittimazione dell'attore ovvero, nel caso di precedente instaurazione di un giudizio del genere, dovrebbe pronunciare l'improcedibilità del processo per la medesima ragione.

La disposizione di legge in discorso appare contrastante nell'ordine con gli artt. 3 comma 1, 24 comma 1, 25 comma 1, 81 comma 4, 97 comma 1, 103 comma 2, 113 commi 1 e 2 e 128 della Costituzione.

Più pregnante appare comunque la censura di illegittimità costituzionale del citato comma 2-*ter* in relazione all'art. 97, comma 1, della Costituzione, che sembra preferibile trattare per prima.

È innegabile che il comma 2-*ter* più volte citato si ponga in contrasto con il criterio del buon andamento, in quanto determina un'alterazione della funzionalità degli enti locali sotto il delicato profilo del reperimento dei necessari mezzi finanziari sotto il duplice profilo di spingere gli amministratori locali a non sentirsi vincolati a disporre un impopolare adeguamento delle tariffe, nonché di impedire comunque il risarcimento dei danni da costoro provocati alle amministrazioni di appartenenza.

Inoltre, l'aver indifferenziatamente incluso tra gli enti destinatari della disposizione di legge al-

tresi quelli dissestati (che tra l'altro erano tenuti a coprire *in toto* il costo dei servizi con le relative tariffe) non può non determinare un ulteriore aggravamento della situazione finanziaria di questi, laddove si ponga mente alla circostanza che buona parte dei problemi di siffatti enti deriva dalla difficoltà di procurarsi adeguati fondi.

E l'aggravarsi ed il perpetuarsi di tale crisi finanziaria secondo i casi riduce o impedisce o protrae la possibilità per Comuni e Province, e specie di quelli dissestati, di realizzare il precetto costituzionale del "buon andamento" della Pubblica Amministrazione.

In aggiunta, la disposizione contestata contraddice l'altro criterio in parola, cioè quello dell'imparzialità, che si risolve essenzialmente nel rispetto della giustizia sostanziale.

Pertanto, la scelta del legislatore nel porre tale contestata disposizione, altresì, appare, nella sua palese irrazionalità, una violazione dell'art. 97, comma 1, della Costituzione.

A rafforzare la convinzione che il legislatore abbia ecceduto nella sua discrezionalità, cadendo in una manifesta irragionevolezza e violando nel contempo il citato art. 97, comma 1 della Costituzione, va considerato che il denunciato comma 2-ter è stato introdotto dalla legge di conversione del d.l. n. 543/1996, senza che nel corso della brevissima discussione sulla norma ne siano state valutate a pieno la portata e le conseguenze.

Dagli atti parlamentari, infatti, risultano solo generiche dichiarazioni circa l'intento di sanare situazioni in cui la mancata copertura minima viene presentata come atto di giustizia sostanziale o financo come esaltazione dell'autonomia delle amministrazioni territoriali (FONTAN), nonché "velati" richiami all'esigenza di sottrarre gli amministratori locali al pericolo di "giuste" condanne da parte della Corte dei conti.

Anzi, l'emendamento contenente la contestata norma è stato presentato da alcuni parlamentari direttamente in aula senza la opportuna riflessione in sede di Commissione, ed è stata approvata – insieme alle altre disposizioni – sotto la spinta della preoccupazione per la scadenza del decreto, rappresentante l'ultimo (e non più reiterabile a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale) di una lunga serie di provvedimenti di urgenza decaduti per decorso del termine e reiterati più o meno pedissequamente.

In un clima di grande confusione che si ricava chiaramente dal resoconto della seduta di mercoledì 18 dicembre 1996 (in cui la norma fu approvata dalla Camera dei Deputati), vennero superate le notevoli perplessità manifestatesi anche nella maggioranza con l'erronea affermazione proveniente da un Deputato che «la norma [...] recepisce un orientamento espresso dalla Corte dei conti in un'udienza a sezioni riunite; quindi, una decisione di grande autorevolezza». Al contrario, la sentenza, cui si fa riferimento, delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 29/QM del 4 luglio 1996 ha riconosciuto la sussistenza di un evidente danno per le finanze comunali a seguito del mancato adeguamento delle tariffe nei minimi di legge, anche se ha giustamente affermato la non configurabilità come danno erariale della c.d. sanzione della riduzione del 5% del fondo perequativo disposta dal Ministero dell'Interno avverso le amministrazioni inottemperanti agli obblighi di legge sulla copertura minima.

Sono state così rimaste inascoltate le voci discordi provenienti dall'opposizione e financo – in dissenso dai gruppi di appartenenza – da settori della stessa maggioranza o da gruppi che si sono comunque astenuti, preoccupati del conseguente aggravio per le finanze pubbliche.

Questo "colpo di mano" realizzato all'ultima ora, invero, ha introdotto una norma di breve formulazione, ma di estesissima portata, determinando una sorta di impropria "sanatoria" in bianco – quasi una "amnistia *omnibus*" – per tutti i rilevanti danni che sono stati, e che lo saranno nel futuro "indeterminato", inferti alle finanze di Comuni e Province nella materia della copertura dei costi dei servizi pubblici locali, contraddicendo e vanificando nel concreto i principi generali posti dalla legge n. 142/1990 e dal d.lgs. n. 77/1995 sull'equilibrio finanziario delle gestioni locali.

L'aspetto più interessante della vicenda è rappresentato dall'introduzione di un principio – palesemente collidente con quello di legalità, cui è informato lo Stato di diritto – quanto mai preoccupante nella sua originalità; cioè una sanatoria (quasi un invito!) per le future violazioni di una importante legge che si lascia senza alcuna sanzione effettiva.

Come ha osservato più volte la Corte Costituzionale (sentenze n. 236/1992 e n. 659/1994) l'ampia discrezionalità del legislatore nella valutazione del rapporto di compatibilità tra azione amministrativa (e finanziaria) e principio di buon andamento trova un insuperabile limite nel pubblico interesse; e ciò specie sul problema delle ricorrenti sanatorie legislative, le quali sono state ritenute ammissibili solo quando costituivano applicazioni proprio del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, essendo basate sulla comparazione di esse con altri valori presenti nella fattispecie.

Ma tale comparazione di valori deve sempre essere conforme al criterio fondamentale del pubblico interesse, cui deve costantemente conformarsi l'azione amministrativa, e che è stato clamorosamente contraddetto dalla scelta di privilegiare l'interesse degli amministratori "infedeli" di non rispondere del loro comportamento di fronte al giudice naturale della contabilità pubblica.

È stato introdotto senza alcuna valida giustificazione nel sistema un precetto in piena e palese collisione con i principi che regolano la materia.

Tale disposizione neppure trova una giustificazione di ordine generale e d'interesse nazionale né appare motivata da esigenze di natura economica o finanziaria.

Anzi, essa viene ad aggravare la crisi finanziaria degli enti locali, specie nei confronti degli enti dissestati, e comunque incide sulle autonome scelte delle istituzioni territoriali di base, le quali sono altresì condizionate dai fondi a disposizione; talché la perdita di ingenti fondi senza possibilità di recupero anche solo attraverso il risarcimento dei danni impedisce di perseguire finalità di immediato interesse per le comunità locali rappresentate, anche in violazione dell'art. 128 della Costituzione.

La previsione contenuta nel citato comma 2-ter appare così viziata da indeterminatezza temporale ed oggettiva, tanto da prescindere da una qualsiasi *ratio* che non sia quella della sanatoria di per se stessa.

Il solo elemento richiesto per l'applicabilità del privilegio dell'irresponsabilità, a prescindere dal rapporto con l'ente, risiede infatti nell'aver mantenuto un comportamento *contra legem* in danno dell'amministrazione di appartenenza.

La norma si pone così come una negazione, non solo del buon andamento, ma anche di una razionale e coerente attività di amministrazione; tanto da non avere l'idoneità di soddisfare i requisiti che la Corte costituzionale richiede in materia (sentenza n. 94/1995).

Tale riconoscimento ad effetto premiale di una generale irresponsabilità, anche per il futuro, di amministratori "infedeli" della cosa pubblica in ordine ad una materia tanto delicata, costituisce certamente un esempio di "diseducazione civile", come rilevato in casi analoghi dalla stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 16/1992), specie in un momento storico come l'attuale dove viene richiesto a tutti i cittadini uno sforzo eccezionale per contribuire al risanamento delle finanze pubbliche devastate proprio dal comportamento a dir poco "disinvolto" di amministratori pubblici.

I suddetti principi e le argomentazioni utilizzate in questa sede sono ricavati da un'importante pronuncia della stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 1/1996), che – su iniziativa della stessa Corte dei conti – ha fatto giustizia di altro grave tentativo di sanare legislativamente atti illegittimi (nella specie inquadramenti disposti *contra legem* sempre nell'ambito degli enti locali) senza alcuna valida giustificazione.

D'altronde, se il legislatore avesse inteso sanare ragionevolmente situazioni del genere avrebbe dovuto, agendo sul piano sostanziale, quanto meno eliminare l'antigiuridicità del comportamento, retroattivamente prevedendo una soglia ancora minore di copertura minimale dei costi dei servizi o meglio un più preciso sistema di calcolo dei costi (cui comunque sta lodevolmente lavorando in via onoraria la giurisprudenza della Corte dei conti).

Invece, ha agito irragionevolmente nel modo criticato sulla legittimazione del Pubblico Ministero ad agire in giudizio, quasi che vi siano altri soggetti legittimati ad introdurre un giudizio risarcitorio del genere a favore dell'ente danneggiato: il che non è, ponendo la legge una riserva assoluta a favore del Procuratore Regionale della Corte dei conti!

Nemmeno rientra tra le sanatorie *de quibus*, la scelta legislativa di escludere l'azione di responsabilità del Pubblico Ministero contabile in ordine a categorie di situazioni, fermo restando la difformità di atti rispetto alla fattispecie normativa, in quanto si paralizza in tal modo l'aspetto formale senza incidere direttamente su quello sostanziale⁶⁸.

È vero che la Corte dei conti non è giudice degli atti, ma dei comportamenti, ma è anche vero che la qualificazione quale illecito di un comportamento non sussiste allorché esso sia consistito proprio nell'aver emanato o concorso ad approvare ovvero nell'aver eseguito un provvedimento che sin dalla sua emanazione non viene a contraddire l'ordinamento giuridico, ancorché in ragione di un'altra vicenda avente efficacia retroattiva (validazione amministrativa o legislativa). Altrimenti si configurerebbe una responsabilità per atto legittimo.

5. *La peculiarità della prescrizione nelle responsabilità amministrative*

Ogni diritto, non esercitato per un dato periodo di tempo, si estingue per prescrizione (art. 2934 c.c.).

La dottrina civilistica più remota individuava nella prescrizione una funzione di rimozione dell'incertezza che creerebbe la persistenza all'infinito di situazioni soggettive non esercitate.

Più recentemente, si attribuisce alla prescrizione il fine della soddisfazione dell'esigenza di adeguare alla situazione di fatto una situazione di diritto⁶⁹ ovvero di rendere possibile la liberazione del soggetto passivo⁷⁰. Il che spiegherebbe l'inapplicabilità dell'istituto al diritto di proprietà, in relazione al quale

Si deduce, quindi, che la formula utilizzata mira ad evitare il disfavore che sarebbe stato suscitato nell'opinione pubblica da una sanatoria (di natura sostanziale) in senso proprio e che è stato clamorosamente contraddetto dalla scelta di privilegiare l'interesse degli amministratori "infedeli" di non rispondere del loro comportamento di fronte al giudice naturale della contabilità pubblica.

È stato, infatti, introdotto senza alcuna valida giustificazione nel sistema un precetto in piena e palese collisione con i principi che regolano la materia.

Ma la pronuncia al riguardo della Corte Costituzionale (sentenza n. 327 del 14-24 luglio 1998) ha contraddetto tale costruzione, ritenendo che la successiva legislazione che avrebbe consentito una discrezionalità delle amministrazioni locali nel determinare la copertura del costo dei servizi pubblici avrebbe reso coerente la scelta legislativa di escludere la responsabilità degli amministratori.

⁶⁸In tal senso si è provveduto con l'art. 3, comma 2-ter, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazione dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, della cui compatibilità con la Costituzione si era motivatamente dubitato con ordinanza emessa dalla sezione Giurisdizionale per la Basilicata della Corte dei conti n. 30 in data 16 gennaio 1997; questione ritenuta non fondata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 327 in data 14-24 luglio 1998 est. Vari sulla base del diritto successivamente intervenuto.

⁶⁹Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generale del diritto civile*, Napoli 2012, 113 ss.; R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, VI, tomo IV, Torino 1964, 377 ss.

⁷⁰Cfr. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli 1971, 33 ss.

né v'è esigenza di adeguamento né soggetto passivo da liberare.

L'inerzia del titolare determina ai sensi dell'art. 2935 l'effetto estintivo a prescindere dalla sua qualificazione soggettiva, cioè da un atteggiamento di dismissione del diritto o da colpevole trascuratezza.

Non sono prescrittibili i diritti sottratti alla disponibilità dei privati ed altri individuati dalla legge.

E, a tal proposito, si può far riferimento, in aggiunta ai casi indicati espressamente dalla legge, ad altri ritenuti tali dalla giurisprudenza, come ad esempio l'azione di accertamento negativo o positivo, il diritto a pensione ordinaria del personale statale.

Caratteri fondamentali, peraltro apparentemente contraddittori, della prescrizione sono la sua automaticità, la non rilevabilità d'ufficio e l'irripetibilità del pagamento del debito prescritto.

Automaticità significa che l'effetto estintivo ad essa collegato si realizza automaticamente con il decorso del termine previsto dalla legge.

Non rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, ancorché risulti dagli atti di causa, significa che la parte nel cui interesse è posta deve necessariamente eccepirlo in giudizio per potersene valere.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza⁷¹ ritengono comunque che l'eccezione possa essere proposta senza necessità di formule speciali, purché il convenuto manifesti in maniera inequivoca l'intento di avvalersene indicando, però, almeno le circostanze di fatto indispensabili a rendere l'eccezione stessa intelligibile⁷².

Ovviamente, non può essere sufficiente una generica contestazione della pretesa attorea e la richiesta di rigetto della domanda introduttiva⁷³.

L'eccezione può essere proposta nel primo atto difensivo – salvo apposita rinuncia o formazione di giudicato – durante il giudizio di merito e mai in quello di legittimità innanzi alla Cassazione.

La giurisprudenza civile ritiene che essa non possa essere sollevata per la prima volta nella comparsa conclusionale⁷⁴ o quando la causa – sia in primo grado che in appello – sia stata rimessa al collegio⁷⁵.

La prescrizione può essere opposta dai creditori e da chiunque vi abbia interesse, qualora la parte non la faccia valere. Può essere opposta anche se la parte vi abbia rinunciato (art. 2939 c.c.).

Ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto è irripetibile (art. 2940 c.c.).

⁷¹ Cfr. R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, cit., 409; F.S. GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma 1964, 140; in giurisprudenza: Cass. 11 giugno 1965, n. 1184; Cass. 9 aprile 1973, n. 1013.

⁷² V. Cass. 9 novembre 1966, n. 2745.

⁷³ V. Cass. 26 novembre 1957, n. 4478.

⁷⁴ V. Cass. 15 gennaio 1965, n. 91.

⁷⁵ V. Cass. 7 marzo 1968, n. 733.

Il termine prescizionale varia secondo il tipo di diritto, anche se quello ordinario è di dieci anni. Per i diritti reali v'è il termine lungo di venti anni e per la responsabilità extracontrattuale quello breve di cinque anni, inoltre, vi sono altri termini ancora più brevi.

Esso inizia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, secondo il brocardo "*contra non valentem agere non currit praescriptio*".

Sono previste poi cause di sospensione del decorso del termine negli artt. 2941 e 2942 c.c. e di interruzione negli artt. 2943-1945.

Ancorché l'art. 2934 del codice civile si riferisca espressamente, quanto all'estinzione, ai diritti, si discute in dottrina se siano effettivamente questi a costituire l'oggetto della prescrizione.

Non mancano, infatti, altre norme che fanno riferimento alle azioni, conformemente a quanto prevedeva a proposito il vecchio codice civile.

È da segnalare un'autorevole tesi⁷⁶, secondo cui il diritto colpito da prescrizione, pur non azionabile, sopravvive, dando luogo ad un'obbligazione naturale che, se non permette al titolare di agire in giudizio, gli consente tuttavia di ritenere quanto abbia ricevuto.

Ma la dottrina del tutto prevalente e la giurisprudenza ritengono che l'estinzione colpisca il diritto in sé, anche se poi giunge a sostenere che l'effetto estintivo è condizionato dalla proposizione dell'eccezione processuale, talché è ammissibile fino a tale momento l'adempimento spontaneo di tale diritto ancora giuridicamente esistente.

L'istituto civilistico della prescrizione trova ampia applicazione anche nel campo della responsabilità del funzionario con applicazione completa dei principi e delle disposizioni vevoli nel campo civilistico, salvo i necessari adattamenti dovuti alla specialità di essa.

Di recente, il legislatore è intervenuto più volte sul termine di prescrizione, abbreviandolo in via generale e poi allungandolo in via transitoria; ma ancor più modificando la natura stessa dell'istituto.

Tradizionalmente, esso era, infatti, considerato – ai sensi dell'art. 2934 del codice civile – decennale, salvo che per le ipotesi di c.d. responsabilità gestionale in materia di enti locali per cui la vecchia legge comunale e provinciale prevedeva un termine quinquennale.

Quindi, il legislatore, con la legge n. 142/1990, ha disposto, categoria per categoria, fino alla generalizzazione a tutte le ipotesi di responsabilità del funzionario, una prescrizione quinquennale "a regime".

La giurisprudenza della Corte dei conti ha ritenuto che tale modifica del termine valga solo per il futuro, ritenendo, tuttavia, che con il decorso del quinquennio dall'entrata in vigore delle leggi che lo avevano introdotto per le varie categorie, si realizzasse l'estinzione, anche laddove la prescrizione era ancora – per i fatti pregressi – decennale.

⁷⁶Cfr. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1950-51, vol. I, 264 ss.

Infine, di recente, è stato disposto che la prescrizione, confermata nella sua durata quinquennale per tutti i soggetti alla responsabilità amministrativa – per i fatti verificatisi anteriormente alla data del 15 novembre 1993 e per i quali stia decorrendo un termine di prescrizione decennale – si compia comunque entro il 31 dicembre 1998 ovvero nel più breve termine dato dal compiersi del decennio.

Per i fatti che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 7, del d.l. 27 agosto 1993, n. 324, convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 1993, n. 423 (estensione del regime proprio degli enti locali), la prescrizione – nei confronti dei responsabili delle U.S.L., delle regioni, degli enti ospedalieri disciolti e degli enti locali – si compie entro cinque anni dalla data in cui si è verificato o è stato scoperto il fatto dannoso, e comunque non prima del 31 dicembre 1996.

Tali termini ultimativi del 31 dicembre 1996, o più in generale del 31 dicembre 1998, si riferiscono alla conclusione del regime transitorio, nel senso che il più lungo termine prescrizionale antecedentemente vigente non possa protrarsi oltre tali date. Essi non comportano lo snaturamento dell'istituto della prescrizione "civile" operante anche nel campo contabile, talché con il decorso di tali termini non si determina – come invece avviene per la prescrizione "penale" – l'estinzione dei giudizi già instaurati e non ancora definiti o più in generale del potere di azione del Procuratore Regionale rivolto a far valere i diritti di crediti in relazione ai quali sia stata interrotta la prescrizione anche in via sostanziale con la costituzione in mora dei presunti responsabili.

Con tale sistematica il legislatore non ha fatto altro che recepire definitivamente l'orientamento seguito dalla Corte dei conti sin dall'inizio della riduzione del termine quinquennale in via graduale ad evitare "un colpo di spugna" su tutti gli illeciti pregressi.

È stato, inoltre, abbandonato il tentativo previsto in alcuni provvedimenti governativi d'urgenza poi decaduti (dd.ll. nn. 353, 439 e 541/1995) di trasformare completamente l'istituto della prescrizione in ordine al giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti mutuando elementi di disciplina dalla prescrizione dei reati prevista dal diritto penale.

L'eccezione di prescrizione, così come le altre eccezioni di carattere tecnico, va proposta nel primo atto difensivo a pena di decadenza.

Il termine di prescrizione, nel campo della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione, inizia a decorrere «dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta» (l. n. 639/1996).

Il fatto dannoso non si perfeziona con il comportamento tenuto dal funzionario in difformità da quello previsto dalle norme, circostanza questa attinente alla condotta, ma con il momento in cui, verificandosi le conseguenze di quella condotta, si realizza l'«*eventus damni*» e si abilita il requirente contabile all'esercizio di una eventuale «*actio damni*» in precedenza concretamente inammissibile.

La verifica del fatto dannoso si ha con l'effettivo depauperamento del

patrimonio e/o della finanza dell'ente pubblico⁷⁷, senza che abbia rilievo il riconoscimento di un diritto fino a che non venga effettivamente soddisfatto con riflessi finanziari per l'ente.

Al fine dell'inizio della decorrenza del termine di prescrizione non ha rilevanza la circostanza di un successivo aggravamento del danno⁷⁸.

Secondo altro orientamento giurisprudenziale⁷⁹ – che non riteniamo di condividere, ancorché autorevolmente affermato – la fattispecie dannosa si completerebbe nel momento in cui nasce nel patrimonio del soggetto leso il vincolo giuridico di pagare una determinata somma a favore di un terzo; non sarebbe così rilevante il conseguente pagamento, sempreché esso abbia origine dallo stesso fatto e costituisca semplice conseguenza dello stesso, senza integrare un'ipotesi di danno autonoma, anche quando esso avesse uno sviluppo futuro, rimanendo sempre ontologicamente unitario. In tal modo, se il danno deriva da un provvedimento illegittimo, il fatto pregiudizievole si realizzerebbe con la sua adozione, ancorché il danno sia continuato e progressivo, nonché aggravato successivamente al suo primo manifestarsi.

Ad evitare soluzioni divergenti dai principi regolanti l'istituto della prescrizione nel diritto civile, va tenuto presente che il diritto di credito risarcitorio *de quo* può essere fatto valere dal P.M. solamente con l'effettivo depauperamento finanziario-patrimoniale, talché una sua azione proposta prima di tale effettivo "*eventus damni*" sarebbe inammissibile.

Pertanto solo dal momento in cui il P.M. ha la possibilità giuridica di agire in giudizio a tutela dell'erario, può ritenersi che inizi il decorso della prescrizione ("*contra non valentem agere non currit praescriptio*").

Alla luce di ciò, sembra preferibile articolare il discorso per categorie di situazioni, evitando generalizzazioni apodittiche, che poi nella casistica concreta possano manifestare la loro insufficienza e/o contraddittorietà rispetto ai suddetti principi generali.

Invero, bisogna preliminarmente distinguere se il danno deriva dal compimento di attività giuridica o materiale.

Nella prima ipotesi si determina una fattispecie a formazione progressiva, costituita dall'atto di volizione e da eventuali altri atti, che si conclude con l'esborso di danaro o comunque con un pregiudizio patrimoniale.

Quindi, finché tale depauperamento non abbia luogo realmente, non inizia il decorso del termine prescrizione del diritto di credito dell'ente verso chi lo abbia determinato con il suo comportamento.

A proposito di tutte le ipotesi di danno derivato da attività giuridica, va avuto riguardo al procedimento di spesa previsto per gli enti pubblici; infatti, gli atti volitivi (deliberazione, decreto o altro provvedimento), fungono prima da impegno

⁷⁷ V. C. conti, sez. Calabria, 5 novembre 1996, n. 34.

⁷⁸ V. Cass. 20 agosto 1973, n. 2366.

⁷⁹ V. C. conti, sez. Sicilia, 3 gennaio 1995, n. 8.

e, poi, da liquidazione della spesa, mentre l'ordinazione e il pagamento hanno valore esecutivo.

Orbene, il depauperamento, pur avvenuto in attuazione di un atto volitivo – di impegno e/o più raramente di liquidazione – diviene certo ed attuale solo con l'effettivo pagamento, che in astratto potrebbe anche non aver luogo per tante ragioni⁸⁰.

Comunque è da rilevarsi che già con l'emissione del titolo la somma viene posta a disposizione dell'interessato, che è in condizione di riscuoterla presso la competente tesoreria.

Pertanto, con essa la fattispecie dannosa si perfeziona dell'ultimo dei suoi elementi costitutivi, divenendo pregiudizio effettivo e, quindi, azionabile, mentre il pagamento svolge il ruolo di *condicio iuris*.

In conclusione la prescrizione in casi del genere decorre dalla data del titolo di pagamento.

Se poi si tratta del c.d. danno indiretto – cioè del riflesso di una responsabilità civile verso terzi dell'amministrazione per fatto di un suo agente infedele – la prescrizione inizia a decorrere sempre con l'esborso effettivo da parte dell'amministrazione danneggiante della somma dovuta a titolo di risarcimento, ancorché quest'ultima sia determinata in un contratto di transazione, in un provvedimento di riconoscimento di debito ovvero in una sentenza civile o amministrativa di condanna al pagamento di essa.

Infatti, questi ultimi atti, tra l'altro formati generalmente in assenza di partecipazione del responsabile effettivo del danno all'ente, non svolgono un ruolo costitutivo del diritto di credito che, invece, sorge da una condotta antidoverosa del soggetto, ma semplicemente una funzione di determinazione del "*quantum debeatur*" a diverso titolo da parte dell'ente nei confronti del terzo danneggiato. Nemmeno tale quantificazione risulta vincolante per il giudice contabile⁸¹.

Un'ipotesi particolare è rappresentata dal danno permanente e continuativo, che nasce dalla mera esecuzione in rate successive di un provvedimento amministrativo illegittimo istantaneo (es. inquadramento in qualifica superiore, concessione di pensioni o indennità non dovute ovvero assunzione illegittima di personale) e/o di un contratto a prestazioni periodiche (es. locazione immobili).

Bisogna a tale proposito distinguere, quando il perpetuarsi del danno può essere interrotto o meno da un provvedimento amministrativo (annullamento o revoca dell'atto illegittimo) o da altro atto giuridico anche di carattere processuale (domanda di nullità, annullamento o risoluzione del contratto).

Se e fin quando è ipotizzabile la possibilità di evitare il ripetersi del danno (generalmente attraverso il suo annullamento), la prescrizione decorre dalla data

⁸⁰ V. C. conti, sez. II, Centr. 17 ottobre 1996, n. 114/A; 21 maggio 1997 n. 54/A; 19 novembre 1996, n. 132/A, est. Pisana.

⁸¹ V. C. conti, sez. Basilicata, 24 luglio 1997, n. 191, secondo cui la transazione, quale "*res inter alios acta*" non determina nemmeno una trasformazione del debito di valore in debito di valuta.

dell'erogazione di ciascun rateo⁸², ossia dalla emissione del relativo ordinativo di pagamento⁸³ relativamente a ciascuno di essi, con eventuale coinvolgimento di chi era nelle condizioni di interrompere l'erogazione *de qua*.

Nell'ipotesi contraria – cioè se è impossibile giuridicamente impedire il perpetuarsi del danno – invece, essa inizia il suo decorso dalla legale conoscibilità dell'atto generatore della serie dannosa o dal successivo momento in cui la situazione diventa irreversibile (es. sanatoria legislativa degli effetti dell'atto ovvero consolidazione per decorso del tempo di un'assunzione illegittima o di un inquadramento in qualifica superiore).

La *ratio* di tale differenziazione deriva dalla considerazione che non si può addossare all'autore o agli autori dell'atto deliberativo le conseguenze che fuoriescono dalla sfera di disponibilità assoluta dell'amministrazione danneggiata.

Ciò in disparte di ogni questione relativa al coinvolgimento di coloro che sono succeduti agli autori del danno nelle rispettive cariche pubbliche.

Comunque nel caso di progressione dannosa, l'aggravarsi di precedenti pregiudizi rende possibile l'esercizio di azioni autonome rivolte ad ottenere il risarcimento di questi nuovi danni; ancorché non sia più possibile ottenere il risarcimento di quelli anteriori per il verificarsi della prescrizione⁸⁴.

Relativamente alle omissioni, il termine inizia a decorre dal giorno successivo all'ultimo utile in cui avrebbe potuto essere compiuta l'azione dovuta (es. dal primo giorno di decadenza dal potere di emissione dei ruoli ordinari e suppletivi⁸⁵). Se poi l'omissione non sia percepibile immediatamente, il termine decorre dalla sua obiettiva conoscibilità⁸⁶.

Allorché i soggetti che vi siano tenuti omettano o ritardino la denuncia di una fattispecie di danno, determinano in tal modo la prescrizione del diritto al risarcimento del medesimo.

⁸² V. C. conti, reg. Sicilia, 6 ottobre 1997, n. 262, in cui si sostiene che «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui si produce la lesione dell'altrui sfera giuridica giacché il fatto di responsabilità si identifica con la sua lesione; nell'ipotesi in cui il verificarsi del danno non coincide cronologicamente con il comportamento che ne è causa, la prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato (vedi, da ultimo, Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 1993, n. 13). Nella fattispecie si sono verificati effetti dannosi permanenti che, quindi, si rinnovano di momento in momento; la prescrizione del diritto al risarcimento, per conseguenza, ha inizio da ciascun giorno e possono essere dichiarati prescritti i danni maturati prima del decennio anteriore alla proposizione della domanda».

⁸³ V. C. conti, sez. I, 27 ottobre 1994, n. 154, che non distingue come nel testo.

⁸⁴ V. Cass. 6 maggio 1971, n. 1282.

⁸⁵ V. C. conti, sez. Sicilia, 19 agosto 1997, n. 216, secondo cui «In ipotesi di mancata riscossione di entrate, il termine prescrizione decorre dalla data in cui il tributo non era più iscrivibile a ruolo per prescrizione».

⁸⁶ V. C. conti, sez. Campania, 28 luglio 1997, n. 73, secondo cui «In caso di contestazione di comportamento omissivo, il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di responsabilità va individuato nel momento in cui la situazione prospettata quale pregiudizio diviene obiettivamente conoscibile».

Pertanto, si è stabilito che il termine iniziale di questa prescrizione decorra dalla data in cui la prescrizione dell'originario diritto al risarcimento è maturata.

Nell'ipotesi di danno provocato da comportamento materiale, invece, la situazione è più semplice, in quanto l'atto in sé, al di fuori di ogni precedente atto giuridico, produce da solo il danno, che può consistere nella distruzione, deterioramento o perdita di valori dell'amministrazione.

Se, poi, il responsabile occulto il danno dolosamente, il termine decorre dalla effettiva scoperta o, meglio, da quando l'amministrazione avrebbe potuto scoprirlo a seguito delle apposite procedure, in quanto nemmeno è lecito addossare ad alcuno le conseguenze di disfunzioni amministrative.

Se il danno deriva dal concorso di più persone, bisogna distinguere tra litisconsorzio necessario e facoltativo.

Nel primo caso, l'azione complessiva è unica, non essendo alcun comportamento scindibile da quello degli altri, per cui la prescrizione inizia a decorrere con riferimento al comportamento dell'ultimo dei concorrenti.

Costituisce un'ipotesi particolare del genere la fattispecie in cui più persone in concorso tra di loro, provochino una serie di depauperamenti finanziari con più azioni o omissioni – preordinate ed unificate da un comune disegno dannoso – in modo tale che ognuna di esse è inidonea in sé a configurare un illecito del genere se non collegata alle altre, collegate tra di loro da un nesso teleologico che attribuisce unitarietà alla vicenda dannosa, talché senza il comportamento infedele di ciascun concorrente non sarebbe stato possibile perpetrare la complessiva azione dannosa. In tali casi la prescrizione inizia il suo decorso dal momento in cui è cessata tale complessiva azione, cioè dalla data dell'ultimo atto od omissione della serie⁸⁷.

Nel caso di litisconsorzio facoltativo⁸⁸, essendo scindibili i vari rapporti pur connessi, la prescrizione corre separatamente per ogni ipotesi dannosa secondo i criteri generali.

Allorché l'illecito si protragga nel tempo, nel senso che esso derivi dall'esecuzione di un medesimo disegno antigiuridico concretatosi in una pluralità di coordinate azioni od omissioni ognuna delle quali produca parte di una più articolata ipotesi dannosa, la prescrizione del diritto al suo risarcimento complessivo decorre dalla cessazione della continuazione⁸⁹.

L'interruzione del termine prescrizione determina l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione. Se l'effetto interruttivo ha efficacia permanente – come nel caso dell'instaurazione di un giudizio – la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza definitiva del processo o viene comunque

⁸⁷ V. C. conti, sez. Campania, n. 29/94 del 22 luglio 1993.

⁸⁸ V. C. conti SS.RR., 17 novembre 1994, n. 1007/A.

⁸⁹ V. C. conti, III sez. centr., 26 giugno 1997, n. 183/A, in cui la decorrenza del termine prescrizione si collega al momento di cessazione del *pactum sceleris* tra i vari concorrenti; sez. Puglia, 28 febbraio 1997, n. 12, in ipotesi di peculato continuato.

compiuto l'ultimo atto di una procedura cautelare (es. deposito della relazione peritale in istruzione preventiva).

La prescrizione così interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno successivo a quello dell'interruzione. Se più e concomitanti sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi.

Se vi sono più corresponsabili, le cause interruttive della prescrizione, ancorché riferite ad uno di essi, si estendono agli altri, solo se trattasi di litisconsorzio necessario, in quanto la prestazione dovuta e la relativa causa sono invero uniche; al contrario, non si estendono, se si tratta di litisconsorzio facoltativo, in quanto ogni causa è autonoma dalle altre⁹⁰.

L'interruzione è determinata da due tipi di atti, cioè da quelli giudiziari, introduttivi di un giudizio, e da quelli stragiudiziali provenienti dal creditore, come la costituzione in mora, o provenienti dal debitore, come il riconoscimento del debito.

a) Atti giudiziari che determinano l'interruzione della prescrizione sono quelli introduttivi di un giudizio contabile o di altro, quali la citazione, il ricorso, l'istanza.

Comunque non ha rilievo la proposizione della domanda giudiziale, ma la sua notifica, in quanto solo con la litispendenza si porta a conoscenza del destinatario la chiara volontà del creditore di ottenere la soddisfazione del suo diritto.

Anche un'istanza diretta ad ottenere una tutela cautelare (come l'istruzione preventiva, il sequestro, ecc.) determina l'interruzione del termine, fin tanto dura il procedimento così istituito.

L'interruzione si determina anche se la domanda è proposta ad un giudice incompetente (art. 2943 comma 2, c.c.) e financo se essa è nulla purché giunta a conoscenza del destinatario.

Anche la costituzione di parte civile in processo penale operata dall'amministrazione danneggiata ha efficacia interruttiva della prescrizione, sempreché naturalmente destinatari siano gli stessi dell'*actio damni*⁹¹; non ha rilievo al proposito che la pretesa concerna l'obbligazione risarcitoria di natura extracontrattuale derivante dal reato, in quanto ha comunque ad oggetto quello stesso danno che costituisce anche il fondamento dell'azione amministrativa esercitabile innanzi al giudice contabile⁹².

Lo stesso è da sostenere nel caso di azione civile intentata dall'ente danneggiato.

b) La costituzione in mora, che deve consistere in un'intimazione o richiesta fatta per iscritto, non è soggetta a rigore di forme, all'infuori dello scritto e quindi

⁹⁰ La giurisprudenza collega generalmente l'effetto estensivo dell'interruzione della prescrizione alla solidarietà in applicazione dell'art. 1310, comma 1, c.c., per cui ritiene si verifichi tale situazione allorché sia riconosciuto il vincolo solidale: in tal senso C. conti SS.RR. 30 settembre 1997, n. 67/A.

⁹¹ V. C. conti, sez. I centr., 10 febbraio 1997, n. 6/A.

⁹² V. C. conti, sez. III centr., 26 giugno 1997, n. 183/A.

non necessita di formule solenni né l'osservanza di particolari requisiti o adempimenti, essendo sufficiente che con uno scritto qualsiasi, diretto al debitore o comunque portato a sua conoscenza, il creditore manifesti chiaramente la sua volontà di ottenere il soddisfacimento del suo diritto⁹³.

Neppure è necessario che l'atto predetto abbia contenuto intimidatorio, nel senso perentorio e categorico di diffida ad adempiere.

La costituzione in mora deve, invece, contenere una manifestazione di volontà del creditore di ottenere l'adempimento che sia precisa, esplicita e, quindi, né equivoca né generica⁹⁴.

Pertanto, occorre che in essa siano indicati il titolo e l'oggetto, nonché ogni altro elemento di identificazione e qualificazione del rapporto, mentre non occorre l'esatta quantificazione del danno o comunque della pretesa.

La costituzione in mora è di competenza – nei giudizi di responsabilità – dell'amministrazione danneggiata, che può provvedervi di propria iniziativa o su richiesta del Pubblico Ministero contabile.

Nel caso che non ottemperi a quest'ultima richiesta, il destinatario può essere chiamato a rispondere dell'eventuale prescrizione così determinatasi per via dell'omissione.

c) Il riconoscimento del debito costituisce un comportamento del debitore incompatibile con l'intento di disconoscere il diritto in corso di prescrizione. L'ammissione dell'esistenza del diritto può essere dedotta anche dal contenuto di atti difensivi svolti in separato giudizio e riferibili alla parte⁹⁵.

Si possono così ricomprendere tra gli atti interruttivi, la domanda di dilazione ed in generale gli atti di adempimento parziale (pagamento di acconti, interessi o ratei di obbligazioni periodiche).

Il riconoscimento del diritto, se non contiene limitazioni e riserve, è comprensivo di ogni accessorio, ed è valido ad interrompere la prescrizione per tutto l'ammontare dovuto.

Perché tale riconoscimento abbia l'idoneità interruttiva in relazione ad un'ipotesi dannosa, non è sufficiente che contenga l'ammissione dell'esistenza del danno, ma deve, altresì, contenere l'ammissione della propria responsabilità, vale a dire l'obbligo di eseguire la prestazione che forma il contenuto del diritto che l'altra parte intende valere.

Non può essere riconosciuta efficacia interruttiva all'invito a dedurre *ex art. 5, l. n. 19/1994*, in quanto è atto stragiudiziale, che non costituisce una domanda giudiziale né una richiesta di pagamento, ma una semplice richiesta a controdedurre.

⁹³ V. Cass. 21 giugno 1969, n. 1153.

⁹⁴ V. C. conti SS.RR., 14 novembre 1996, n. 71/A, in cui si riconosce l'idoneità interruttiva di un atto di intimazione a reintegrare valori perduti e addebitati posto in essere dall'amministrazione a ciò legittimata, essendo diretto in modo non equivoco ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria.

⁹⁵ V. Cass. 24 maggio 1976, n. 1874.

La prescrizione così interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi.

Se vi sono più corresponsabili, le cause interruttive della prescrizione, ancorché riferite ad uno di essi, si estendono agli altri, solo se trattasi di litisconsorzio necessario, in quanto la prestazione dovuta e la relativa causa sono invero uniche⁹⁶; al contrario non si estendono, se si tratta di litisconsorzio facoltativo, in quanto ogni causa è autonoma dalle altre.

d) L'invito a dedurre in sede di contraddittorio preliminare innanzi al P.M. non ha efficacia interruttiva, non consistendo in un atto di natura processuale né in un atto di esercizio sostanziale del diritto di credito spettante esclusivamente all'amministrazione creditrice⁹⁷.

La prescrizione nel giudizio contabile, così come in quello civile, pur verificandosi automaticamente con il decorso del termine, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

L'istituto, che in quanto d'ordine pubblico è indisponibile per chiunque, viene poi rimesso, dopo il compimento del termine, alla disponibilità della parte che vi ha interesse.

Ad essa è rimesso il potere processuale di provocare l'estinzione del correlato diritto con la proposizione in giudizio dell'eccezione di prescrizione.

Nessuna dichiarazione stragiudiziale può surrogare l'eccezione *de qua*, che deve essere contenuta nella comparsa di risposta a pena di decadenza (art. 167, comma 2, c.p.c.).

Nel processo di conto, pur dominato dall'ufficialità, il regime della prescrizione non muta, dovendo essere eccepito dalla parte che se ne intenda valere nel primo atto defensionale.

I numerosi interventi legislativi susseguitisi a partire dal 1990 hanno reso necessaria una complessa disciplina transitoria, che consenta una corretta e "giusta" applicazione dell'istituto della prescrizione in ragione del relativo termine che da decennale è ormai divenuto quinquennale.

Per quanto riguarda in particolare gli enti locali, infatti, prima dell'entrata in vigore della legge n. 142/1990 (art. 58) la competenza giurisdizionale in ordine alle responsabilità di amministratori e dipendenti era ripartita tra il giudice ordinario⁹⁸ – cui erano rimesse le ipotesi di responsabilità c.d. generica⁹⁹ per danni

⁹⁶V. C. conti, sez. Campania, n. 28/94 del 22 luglio 1993.

⁹⁷V. C. conti III, sez. centr. 9 aprile 1997, n. 127/A. *Contra*, nel senso di ammettere efficacia interruttiva all'invito *de quo*, C. conti, sez. Sicilia, 22 settembre 1997, n. 253.

⁹⁸Art. 265: «L'azione per far valere la responsabilità nei casi previsti agli artt. 261, 263 e 264, per quanto si riferisce ai danni, è di competenza dell'autorità giudiziaria e si prescrive in cinque anni dal giorno in cui avvenne il fatto dannoso».

⁹⁹Art. 261: «Gli amministratori e gli impiegati dei comuni, delle province e dei consorzi, nonché delle istituzioni amministrative o dipendenti dagli enti predetti, sono responsabili dei

meramente finanziari inferti all'ente locale – e il giudice contabile – cui erano riservate le ipotesi di responsabilità c.d. formale (artt. 252 e 253 T.U. n. 383/1934, abrogato dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)¹⁰⁰, contabile e amministrativa specifica (art. 254 cit.)¹⁰¹.

Anche la prescrizione era diversa a seconda dei due gruppi di responsabilità, la prima di durata quinquennale e la seconda decennale.

La Corte dei conti, a prescindere dai numerosi vani tentativi di provocare un intervento della Corte Costituzionale per generalizzare nel settore la giurisdizione contabile, ha sviluppato una giurisprudenza che ha interpretato evolutivamente la norma di ripartizione della giurisdizione, sì da affermare che la responsabilità amministrativa specifica, anche detta gestoria o patrimoniale, ricorrea – con le conseguenze in ordine alla competenza ed alla prescrizione – ogni qual volta direttamente o indirettamente veniva depauperato il patrimonio dell'ente.

A seguito dell'intervento della Corte di Cassazione, che ha ricondotto la giurisdizione *de qua* nell'alveo originario del danno gestorio-patrimoniale, tale orientamento è divenuto necessariamente recessivo.

Poi, con la riforma introdotta dalla citata legge n. 142/1990, è stata affidata tutta la giurisdizione in materia di responsabilità in ordine agli enti locali alla Corte dei conti senza alcuna distinzione, con norma (art. 58, comma 1) di natura processuale, in quanto tale ritenuta di immediata applicazione anche per i fatti verificatisi anteriormente.

Tuttavia, deve osservarsi che va inquadrato nell'ambito della c.d. responsabilità gestoria, di cui all'art. 254 del T.U. del 1934, già appartenente alla cognizione della stessa Corte dei conti – con conseguente applicazione della prescrizione

danni recati, con dolo o colpa grave, all'ente o a terzi, verso i quali l'ente stessa debba rispondere [...]».

¹⁰⁰ Art. 252 T.U. n. 383/1934: «(1°) Gli amministratori che ordinano spese non autorizzate in bilancio o non deliberate nei modi e nelle forme di legge, oppure contraggono l'impegno o danno escuzione a provvedimenti non deliberati ed approvati nei modi di legge, ne rispondono in proprio ed in solido. (2) Nello stesso modo rispondono gli amministratori che, avendo adottato ed eseguite deliberazioni da essi dichiarate d'urgenza o immediatamente esecutive, non ne abbiano poi ottenuta la ratifica o l'approvazione nei modi di legge. (3) Gli amministratori incorrono, altresì, nella responsabilità di cui ai comma precedenti, quando abbiano deliberato o, per quanto riguarda i consorzi, proposto lo stanziamento di entrate puramente figurative dirette a pareggiare fittiziamente il bilancio».

Art. 253: «Gli amministratori incorrono nella responsabilità di cui all'articolo precedente, anche quando ordinano spese finanziate con mutui prima che gli organopotenti degli istituti di credito mutuanti ne abbiano deliberata la concessione, ovvero spese fronteggiate con avanzi di amministrazione prima che i medesimi siano realizzati. Tale responsabilità si estende al segretario e al ragioniere, ove esista, a meno che essi dimostrino che il loro concorso nei provvedimenti suaccennati fu dato in seguito ad ordine scritto del Capo dell'amministrazione [...]».

¹⁰¹ Art. 254: «Gli amministratori rispondono dei danni che abbiano arrecato ai rispettivi enti:
– per aver proceduto a locazioni, alienazioni, acquisti, somministrazioni od appalti senza l'osservanza delle relative disposizioni di legge;
– per aver trascurato l'applicazione e la riscossione di tributi e di entrate regolarmente deliberate».

quinquennale decorrente dalla commissione del fatto – ogni ipotesi dannosa che viene comunque a incidere sul patrimonio dell'ente locale, verificatasi antecedentemente al nuovo regime.

Per tale non può intendersi esclusivamente il complesso dei diritti reali vantati dall'ente locale su beni pubblici e privati, ma piuttosto il coacervo di tutti i rapporti giuridici facenti capo all'ente, siano essi di natura reale che obbligatoria, sempreché si riferiscano all'utilizzazione da parte della amministrazione di beni mobili e immobili che siano¹⁰².

Tuttavia, è da escludere che ricorra una responsabilità amministrativa specifica, con conseguente prescrizione decennale, allorché il danno sia derivato da condanna dell'amministrazione da parte del giudice civile per un pregiudizio provocato ad un terzo da un amministratore o funzionario locale nell'ambito dell'attività gestoria patrimoniale, in quanto il titolo della responsabilità è costituito dal giudicato civile (c.d. danno indiretto) e non dalla violazione della disciplina patrimoniale (c.d. danno diretto gestorio).

Ciò premesso, va osservato che con il medesimo articolo, in una successiva disposizione (art. 58, comma 4, primo periodo), è stata generalizzata la durata quinquennale della relativa prescrizione.

La questione è se il termine quinquennale di prescrizione del diritto dell'ente locale al risarcimento del danno subito, introdotto dal citato art. 58, possa trovare applicazione per i fatti dannosi posti in essere sotto l'impero di leggi anteriori.

Bisogna premettere al riguardo che sotto il previgente ordinamento, per i fatti di cui è causa operava il termine prescrizione ordinario decennale stabilito dall'art. 2946 c.c., trattandosi di comportamenti dannosi rientranti nelle ipotesi di responsabilità per "fatti gestori" prevista dalle disposizioni contenute negli art. 254 ss. del R.D. 3 marzo 1934, n. 383.

Nulla, peraltro, avendo disposto la sopravvenuta legge n. 142/1990 per disciplinare transitoriamente detto regime prescrizione. Occorre, nel silenzio del legislatore, far riferimento alle disposizioni sulla legge in generale ed ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

In particolare, il principio che rileva nella fattispecie è quello per il quale, in mancanza di un'espressa retroattività statuita dal legislatore e, quando non si tratti di ordine pubblico né di interpretazione autentica né, infine, di norme penali che stabiliscano un trattamento più favorevole, deve trovare applicazione la regola generale della irretroattività della legge (art. 11, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale), in virtù del quale le modifiche del regime prescrizione non possono trovare immediata applicazione nei giudizi in corso.

Ne deriva che per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 142/1990 il termine di prescrizione resta quello ordinario decennale, con la sola limitazione, derivante dal predetto "*jus superveniens*", che, qualora detto termine non sia scaduto alla data di entrata in vigore della nuova normativa, lo

¹⁰² V. C. conti, sez. Campania, n. 91/1995.

stesso non può essere comunque protratto oltre il quinquennio decorrente da tale data.

Appare in tal modo evidente il conciliarsi delle conseguenze scaturenti dalla nuova norma, che pone sullo stesso piano situazioni antecedenti e situazioni nuove, con l'esigenza di non negare validità, "ex post", alle situazioni in corso che vengano a scadenza prima del nuovo termine.

Quindi sono entrate in vigore le disposizioni di cui al comma 7 del d.l. 27 agosto 1993, n. 324, convertito con modificazioni nella legge 27 ottobre 1993, n. 423, le quali hanno dichiarato applicabile la disciplina dell'art. 58, comma 4, della legge n. 142/1990 «anche ai fatti oggetto dei procedimenti in corso davanti alle giurisdizioni contabile ed amministrativa».

Indubbiamente tale espressione, nella sua letteralità, potrebbe far ritenere che si sia inteso attribuire alla disposizione di cui all'art. 58 citato un'efficacia retroattiva generalizzata.

A porre, tuttavia, in dubbio tale interpretazione si valorizza l'esclusione di ogni riferimento al momento della commissione del fatto e la retrodatazione dell'applicabilità dell'art. 58, per i nuovi soggetti (responsabili delle unità sanitarie locali, delle regioni e degli enti ospedalieri disciolti), alla data di entrata in vigore della legge n. 142/1990, sicché tali elementi escludono una efficacia retroattiva generalizzata.

Posto, infatti, che l'introduzione di un termine più breve di prescrizione comporta, per i fatti pregressi, il problema di qualificare o meno come inerzia giuridicamente sanzionabile un comportamento del titolare dell'azione pienamente conforme alla disciplina in precedenza vigente e che, pertanto, la retroattività della nuova disciplina deve risultare da disposizioni assolutamente chiare ed inequivocche, va osservato che se il legislatore avesse inteso sottoporre al nuovo termine quinquennale tutte indistintamente le situazioni sorte prima dell'emanazione della legge di conversione n. 423/1993, comprese anche quelle precedenti la legge n. 142/1990, ne avrebbe semplicemente stabilito l'applicabilità a tutti i fatti "commessi" in precedenza senza fissare l'applicabilità della relativa disposizione alla data di entrata in vigore della legge n. 142/1990.

Dovendosi, quindi, attribuire un significato coerente a tale retrodatazione, invero, non attribuibile a mero difetto della tecnica legislativa, deve necessariamente concludersi che con essa si è voluta mantenere la differenziazione tra situazioni sorte prima della data di entrata in vigore della legge n. 142/1990 e situazioni successive.

Ma, se così è, appare evidente che alla parte del comma 7 relativo all'applicabilità «ai fatti oggetto di procedimento in corso» debba attribuirsi il significato di mera specificazione della operatività della disposizione di cui all'art. 58, comma 4 della legge n. 142/1990 – per tutti i destinatari, vecchi e nuovi, della stessa – dalla data di entrata in vigore della medesima legge n. 142/1990 e, quindi, con la precisazione che l'applicabilità dell'art. 58 legge n. 142/1990 riguarda comunque tutte le situazioni dedotte in giudizio (e quindi ancora non definite) comprese

quelle per le quali il procedimento giudiziale è iniziato tra la data di entrata in vigore della legge n. 142/1990 e la data di entrata in vigore della legge n. 423/1993.

Da una conclusione del genere, che appare difficilmente contestabile, deriva però che la disposizione recata dalla legge n. 423/1993 non sia in effetti modificativa dell'ambito di applicabilità sostanziale del nuovo termine prescrizione quinquennale, quale era stato delineato al momento della entrata in vigore della legge n. 142/1990 dalla giurisprudenza della Corte.

Ferma, infatti, la distinzione tra situazioni precedenti e situazioni successive la data di entrata in vigore della legge n. 142/1990, l'art. 1, comma 7 della legge n. 423/1993 ripropone soltanto il problema, in effetti già risolto, della rilevanza, sui fatti o situazioni oggetto di giudizio, sia degli effetti interruttivi eventualmente posti in essere, sia del completarsi del termine previgente di prescrizione prima del quinquennio dalla data di entrata in vigore della legge n. 142/1990.

Sotto il primo profilo per «fatti oggetto dei procedimenti in corso» non possono che intendersi le fattispecie nello stato di diritto come determinato dal verificarsi di ogni vicenda incidente sul corso della prescrizione quale il compimento di atti interruttivi.

In presenza di atti del genere, ai quali deve riconoscersi efficacia istantanea, e quindi esaurita ed imm modificabile, deve escludersi che l'espressione in esame presenti valore di totale eliminazione della loro efficacia proprio per la considerazione che gli stessi hanno prodotto l'effetto giuridico, ormai ineliminabile, di dar corso ad un nuovo termine di prescrizione.

Con la conseguenza che la nuova disposizione modificativa del termine di durata della prescrizione non può porre nel nulla gli effetti esauriti, come già osservato, dell'atto interruttivo.

Sotto il secondo profilo, ferma essendo rimasta la distinzione tra atti antecedenti ed atti susseguenti l'entrata in vigore della legge n. 142/1990, non può non conformarsi la soluzione giurisprudenziale adottata unanimemente dalla Corte dei conti, secondo cui alle situazioni giuridiche sorte antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 142/1990 continua ad applicarsi la disciplina vigente al momento dell'insorgenza del diritto e che il nuovo termine prescrizione inizia a decorrere dalla data di entrata in vigore di detta legge, come espressamente confermato dall'art. 1, comma 7, della legge n. 423/1993, con l'effetto di ritenere comunque completata la prescrizione alla scadenza del quinquennio da tale data tranne nel caso in cui, in base alla normativa precedente rimanga a decorrere un termine minore.

La legge n. 20/1994 (art.1, comma 2) ha generalizzato la disposizione contenuta nel combinato disposto di cui al comma 4 dell'art. 58 della legge n. 142/1990 e al comma 7 del d.l. 27 agosto 1993 n. 324, convertito con modificazioni nella legge 27 ottobre 1993, n. 423, non introducendo alcun elemento nuovo in ordine alla questione della retroattività.

Infine, il d.l. n. 541/1995, già d.l. n. 439/1995 e d.l. n. 353/1995 non convertiti, all'art. 3 ha espressamente riconosciuto la validità dell'interpretazione surri-

portata in ordine all'irretroattività della norma sul termine quinquennale, prevedendo comunque per il 31 dicembre 1988 il momento finale per il termine decennale eventualmente più lungo.

Pertanto, la stessa normativa trova applicazione ormai per tutte le categorie di soggetti passivi, ancorché con inizio diversificato del regime transitorio, a seconda delle leggi che l'hanno introdotto¹⁰³.

6. Il danno nelle responsabilità amministrative: disciplina e profili problematici

Il danno *de quo*, pur essendo essenzialmente di natura patrimoniale – salvo i casi di c.d. danno morale – e di carattere giuridico, presenta delle particolarità per il fatto di incidere su interessi facenti capo alla collettività o alle espressioni esponenziali ed operative della medesima.

La giurisprudenza contabile ha superato ormai il concetto di danno in senso restrittivo, per giungere ad una sua qualificazione più ampia come danno comprendente più latamente qualsiasi pregiudizio degli interessi e dei beni essenziali della collettività nel suo insieme.

In tal modo, s'intende per tale un effettivo nocumento patrimoniale per lo Stato o per un ente che si ponga in antitesi col diritto all'integrale acquisizione delle risorse finanziarie e patrimoniali spettanti all'amministrazione pubblica e che la medesima avrebbe potuto fare legittimamente propri a titolo originario come nel caso delle *res nullius*¹⁰⁴, ovvero all'integrale destinazione delle risorse stesse agli scopi generali e particolari legittimamente perseguibili¹⁰⁵.

La patrimonialità effettiva del depauperamento comporta la sua giuridicità, ossia l'esclusione della configurabilità di un danno risarcito in caso di danno politico, che riguarda la lesione di interessi afferenti esclusivamente il rapporto fiduciario tra rappresentanza politica e cittadinanza¹⁰⁶.

Non è però da escludersi la configurazione di qualsiasi danno in ipotesi di acquisizione da parte di un'amministrazione delle somme erogate da un'altro ente poiché, sebbene rimanga salvaguardato l'equilibrio finanziario in assenza di una diretta perdita patrimoniale per la collettività, risultano comunque alterate le priorità di spesa fissate dall'ordinamento, con conseguenti disfunzioni derivanti dalla violazioni dell'ordine di priorità della spesa¹⁰⁷.

¹⁰³ V. C. conti, sez. I, 25 ottobre 1994, n. 32/A.

¹⁰⁴ V. C. conti, sez. I, n. 24/1967.

¹⁰⁵ V. C. conti, sez. II, n. 38/1983.

¹⁰⁶ V. C. conti, sez. Campania, n. 18/1995.

¹⁰⁷ V. C. conti, sez. Veneto, 15 settembre 1997, n. 635, secondo cui nell'ipotesi di cui trattasi deve affermarsi la sussistenza di un danno risarcibile, «il quale non può tuttavia essere determinato in misura pari all'ammontare della somma erogata, essendo questa utilizzabile ad altri fini pubblici, ma deve essere invece valutata in relazione alle disfunzioni prodotte dalla violazione dell'ordine di

Il danno risarcibile in tale sede deve possedere i requisiti della certezza, dell'attualità e della concretezza, i quali interagendo tra di loro evidenziano che il danno è *certo* allorché il depauperamento patrimoniale si sia in tutti i suoi elementi verificato effettivamente, è *attuale* quando sussista sia al momento della proposizione della domanda che al momento della decisione, ed è *concreto* quando la perdita finanziario-patrimoniale non sia semplicemente ipotetica ma si sia realmente realizzata.

Quindi, è da escludersi il danno futuro, così come quello solamente potenziale, salvo che esso sia fondato non su una semplice eventualità, ma su di una situazione obiettiva ed inevitabile, che tragga origine da una causa efficiente già in atto¹⁰⁸.

Invece, non rileva il danno meramente presunto¹⁰⁹, ossia quello la cui effettività è fondata su mere presunzioni prive così di valenza probatoria, salvo che esse non siano gravi, precise e concordanti¹¹⁰.

Il danno *de quo* deve riguardare un'amministrazione pubblica, che subisce l'effettivo pregiudizio economico.

In ipotesi di flussi finanziari da un ente ad un altro, i fondi entrano nel "patrimonio" del beneficiario se essi transitano nel bilancio di quest'ultimo, mentre rimangono in capo all'ente finanziatore se questo provvede direttamente ai pagamenti.

Il danno può riguardare l'ente in cui il soggetto è incardinato ovvero altra amministrazione (art. 1, comma 4, l. n. 20/1994, come novellato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, limitatamente ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge introduttiva).

Invero, occorre precisare che la nozione di amministrazione, ai fini dell'individuazione del soggetto danneggiato, non può che essere di natura funzionale, nel senso che è da intendersi per tale ogni plesso organico (cioè un ente) ovvero funzionale in ragione del modello organizzatorio utilizzato dalla legge.

Plesso organico è rappresentato da un complesso di organi facenti parte di una stessa articolazione statale (cioè Ministero o Amministrazione autonoma)¹¹¹ ovvero di uno stesso ente pubblico, secondo il modello "verticale" gerarchico più o meno attenuato, come ad es. Ministro dell'Interno, Direttore Generale, Prefetto, Questore, Dirigente di Commissariato.

Un'ipotesi particolare di plesso organico si determina tra Stato o altro ente

priorità della spesa. Inoltre, non potendosi pervenire ad un'esatta quantificazione del danno inteso nei termini ora riferiti, il collegio reputa di poter procedere al riguardo con valutazione in via equitativa» ai sensi dell'art. 1226, comma 2, c.c.

¹⁰⁸ V. Cass. 26 ottobre 1968, n. 3597.

¹⁰⁹ V. C. conti, sez. Abruzzo, 14 luglio 1997, n. 138.

¹¹⁰ V. C. conti, sez. I, 10 febbraio 1992, n. 40; 23 marzo 1994, n. 148; sez. II, 28 gennaio 1991, n. 69; 10 maggio 1993, n. 114; 11 febbraio 1994, n. 43.

¹¹¹ V. C. conti, sez. Lazio, 25 maggio 1998, n. 59, secondo cui l'apparato statale costituisce un'unica amministrazione, senza che abbia rilevanza a tal fine la differenziazione tra Ministeri.

territoriale ed un suo ente strumentale, appositamente costituito per il perseguimento di finalità proprie del primo, secondo il modello del decentramento organizzatorio, tanto da costituire un'unica amministrazione¹¹².

Plesso funzionale è, invece, un complesso di organi facenti capo a diverse strutture (Ministeri o enti), la cui attività generale o specifica è organizzata secondo il modello "orizzontale" dell'equiordinazione; in tal modo si realizza una sorta di amministrazione unica di tipo "trasversale" alimentata da un identico flusso finanziario, come ad es. Ministero, Regione, A.S.L. o Comune. Orbene il danno provocato ad una delle articolazioni del medesimo plesso funzionale da un soggetto incardinato in una delle amministrazioni connesse è da ritenere cagionato alla "amministrazione di appartenenza", alla pari della più lineare situazione di danno provocato ad una delle articolazioni dello stesso plesso organico, configurandosi in ambodue i casi un rapporto di servizio col plesso danneggiato.

Al contrario, danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza si realizza allorché un soggetto incardinato in un'amministrazione provoca un pregiudizio patrimoniale ad un altro ente con cui non si pone in relazione di servizio.

Per vero, la differenza è, ormai, di scarso rilievo, almeno per i fatti dannosi successivi al 1996.

Il giudice contabile in ragione del suo potere sindacatorio, nella determinazione dell'ammontare del danno, non è vincolato né dalla richiesta fatta da parte attrice nell'atto di citazione né da quella effettuata dalla amministrazione, ancorché accettata dal responsabile¹¹³.

In tale opera di individuazione del pregiudizio subito dalla amministrazione, egli si avvale degli elementi probatori allegati dalle parti e di quelli eventualmente ricercati e commissionati da lui medesimo, anche attraverso consulenze tecniche d'ufficio.

Danno è qualunque depauperamento, direttamente o indirettamente patrimoniale, valutabile economicamente.

Rientrano nella nozione tradizionale di danno risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c., le perdite subite (c.d. danno emergente) e i mancati guadagni (c.d. lucro cessante).

Se alla produzione del danno ha concorso il fatto colposo della amministrazione, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (art. 1227, comma 1 c.c.).

¹¹² V. C. conti, sez. Basilicata 10 febbraio 1998, n. 28, secondo cui «non concretizza l'ipotesi di danno ad amministrazione diversa quella di un dipendente del Ministero del lavoro che, in servizio presso una sezione circoscrizionale per l'impiego ed il collocamento in agricoltura, abbia causato un danno all'INPS e ciò in quanto tale ente si configura quale ente strumentale dello Stato, dovendosi affermare in via generale il principio per cui l'ente strumentale costituisce unica amministrazione con l'ente di riferimento».

¹¹³ V. C. conti, sez. I, 1951/88 e sez. II 1966/8.

Tale diminuzione si opera in sede di quantificazione del danno, su di cui può successivamente trovare applicazione il potere riduttivo¹¹⁴, che spesso viene giustificato confusamente con tale concorso di colpa.

Nel campo degli illeciti del funzionario, il concetto di danno ha avuto un'evoluzione notevole, passando da una visione prettamente ragionieristica ad una più ampia, comprendente anche la lesione degli interessi generali della collettività costituente uno degli elementi degli enti territoriali ai vari livelli istituzionali e, recentemente, le forme del c.d. danno morale, tra cui viene compreso il danno all'immagine dell'ente pubblico.

Sono risarcibili tutti i danni procurati all'ente, intendendo per tali quelli che al momento della commissione dei fatti erano prevedibili, cui si aggiungono – se l'atteggiamento psicologico è stato di dolo – quelli non prevedibili (art. 1225 c.c.).

Naturalmente, i danni riferibili all'autore dell'illecito devono essere conseguenze immediate e dirette della condotta censurata (art. 1223 c.c.), comprendendovi quelle che ne costituiscono una presumibile, necessaria o inevitabile derivazione secondo il principio della regolarità causale¹¹⁵.

La liquidazione del danno avviene attraverso i comuni mezzi offerti dall'ordinamento, con un margine di discrezionalità rimessa al giudice, in generale, ed, in particolare, a quello contabile, come il potere di valutazione equitativa, il potere riduttivo e il potere di determinazione del danno non patrimoniale¹¹⁶.

L'esatta quantificazione del danno risarcibile deve necessariamente comprendere la rivalutazione monetaria e gli interessi, in quanto la responsabilità *de qua* non deriva dalla violazione di un'obbligazione pecuniaria (art. 1224, comma 1, c.c.), ma dalla trasgressione di un dovere giuridico connesso ad un rapporto pubblicistico o privatistico di tipo contrattuale.

I recuperi eventualmente effettuati dall'amministrazione o la spontanea restituzione del malto, sempreché siano successivi all'instaurazione del giudizio, non esercitano alcuna influenza sul contenuto della sentenza di condanna, salvo che non abbiano pienamente soddisfatta la richiesta del Pubblico Ministero almeno con riguardo alla sorte capitale.

Se viene versata la somma totale comprensiva degli accessori, ne deriva una cessazione della materia del contendere con estinzione del processo, mentre se viene versata solo il capitale, il procedimento continua limitatamente a rivalutazione ed interessi.

Nelle restanti ipotesi di tali eventi se ne tiene conto solo in sede esecutiva, con facoltà del giudice di segnalare tale incombenza già nella sentenza, nell'ambito dei suoi poteri di disciplinare anche le modalità di attuazione delle sue decisioni.

In merito al danno non patrimoniale, consistente nella conseguenza di un'offesa ricevuta che sfugge ad una precisa valutazione patrimoniale, onde la sua determina-

¹¹⁴ V. C. conti SS.RR. 1985/425.

¹¹⁵ V. Cass.17 maggio 1974, n. 1474.

¹¹⁶ Sul punto si rinvia al secondo capitolo del volume.

zione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, l'art. 2059 c.c. stabilisce che esso va risarcito, solo nei casi previsti dalla legge, tra cui la commissione di un reato.

La giurisprudenza della Corte dei conti recentemente ha affermato – in mancanza di in esplicito divieto legislativo – la competenza del giudice contabile a conoscere del c.d. danno non patrimoniale, allorché si aggiunge agli effetti pregiudizievoli del danno patrimoniale¹¹⁷ in ipotesi di concorrente commissione di illecito penale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

Di recente, sembra superata tale preclusione, con l'affermazione dell'indipendenza dal verificarsi di contestuali danni patrimoniali¹¹⁸.

La teorica trova una sua giustificazione nella "esclusività" della giurisdizione contabile normativamente riconosciuta, che impedisce la cognizione di ogni altro giudice nella materia degli eventi lesivi provocati da funzionari infedeli.

Essa si basa su precedente giurisprudenza civile¹¹⁹, secondo cui va esclusa «l'equazione tra danno non patrimoniale e danno morale, perché il danno non patrimoniale comprende qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento, sibbene di riparazione, di guisa che, comprendendo il danno non patrimoniale anche gli effetti lesivi che prescindono dalla personalità psicologica del danneggiato, esso è riferibile anche ad entità giuridiche prive di fisicità».

Il danno non patrimoniale non risarcibile deriva dalla lesione del prestigio della pubblica amministrazione, concretantesi generalmente in un discredito della medesima enfatizzato nella stampa, conseguente al comportamento illecito dei convenuti per danni prettamente patrimoniali.

Esso – ancorché consistente nella lesione di un bene immateriale, quale il prestigio di un ente pubblico, inidoneo a costituire oggetto di scambio e di quantificazione pecuniaria secondo le leggi del mercato – costituisce sempre, nei casi in cui ne è ammessa l'azionabilità giudiziaria, un interesse direttamente protetto dall'ordinamento ed in quanto tale trattasi di un interesse rivestito di valore economico, alla stregua degli altri beni immateriali tutelati.

Al suo insorgere, perciò, ossia all'atto dell'accertato reato contro la Pubblica Amministrazione, il vantato credito nascente dall'illecito va anch'esso a comporre un elemento attivo del patrimonio generale del soggetto titolare; patrimonio da intendere in senso generale e globale, e non già nel significato proprio della tradizione contabile che ha ristretto tale concetto ai soli beni fisici e al danaro, nonché ai crediti e debiti figuranti nella contabilità di bilancio degli enti pubblici¹²⁰.

¹¹⁷ V. C. conti, sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31; sez. II, 27 aprile 1994, n. 114. In ultimo C. conti, sez. Umbria, 10 febbraio 1995, n. 20.

¹¹⁸ V. C. conti, sez. I centr., 28 aprile 1998, n. 109; sez. Umbria 28 maggio 1998, n. 501. *Contra* ancora C. conti, sez. Emilia Romagna, 30 marzo 1998, n. 148; 4 maggio 1998, n. 226.

¹¹⁹ V. Cass 7 ottobre 1991, n. 7642; 5 dicembre 1992, n. 12951.

¹²⁰ V. C. conti, sez. Umbria, 10 febbraio 1995, n. 20.

Invero, se si ammette la giurisdizione della Corte dei conti sulla materia, non vi sarebbe ragione di limitare la risarcibilità del danno morale collegato ad un reato alle sole ipotesi di concorrenza di danno patrimoniale¹²¹, mentre il giudice contabile sarebbe abilitato a pronunciarsi su di esso anche in mancanza di specifica domanda dell'attore, ritenendosi compresa implicitamente nella domanda principale¹²², ancorché sia necessario un adeguato supporto probatorio da allegarsi a cura del Pubblico Ministero¹²³.

La quantificazione del danno non patrimoniale non si collega a criteri oggettivi, ma ad una serie di elementi che lo stesso giudice discrezionalmente individua nella fattispecie.

Un ruolo comunque principale deve necessariamente essere riconosciuto all'elemento attinente alla «gravità del reato, in considerazione del fatto che proprio il reato condiziona la risarcibilità stessa del danno non patrimoniale, intendendosi la gravità in relazione al bene giuridico tutelato dalla norma penale»; e ancor più «all'ampiezza dei riflessi negativi, riferita all'ambito in cui il reato è stato commesso, inteso sia in relazione alla localizzazione dei riflessi stessi, sia alla considerazione ed all'estimazione di cui la struttura pubblica gode presso la collettività nella quale si è verificato il clamore negativo, sia comunque alla rilevanza sociale dell'attività da essa svolta, considerato che nell'ordinamento il principio del buon andamento costituisce canone costituzionale dell'azione amministrativa»¹²⁴.

Altro criterio utile a tal fine è la capacità patrimoniale del convenuto e lo stato finanziario dell'ente danneggiato.

A seguito di un comportamento illecito del funzionario si può determinare, altresì, una perdita del prestigio ed un grave detrimento dell'immagine e della personalità istituzionale della amministrazione.

Secondo un iniziale orientamento giurisprudenziale della Corte dei conti, l'ipotesi *de qua* rientrerebbe nella nozione di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., comprendendo questo qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che non si presti ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato e, quindi, non possa essere oggetto di risarcimento in senso proprio, sebbene di riparazione¹²⁵.

Ma un più recente orientamento giurisprudenziale¹²⁶, sulla base di una complessiva ed approfondita valutazione, che tiene in particolare conto dell'evoluzione della giurisprudenza del giudice delle giurisdizioni¹²⁷, ritiene che l'ipotesi in esame vada più correttamente inquadrata nell'ambito della responsabilità patri-

¹²¹ V. Cass. 17 maggio 1974, n. 1473.

¹²² V. Cass. 29 novembre 1973, n. 3287.

¹²³ V. C. conti, sez. Lombardia, 31 gennaio 1995, n. 38.

¹²⁴ Così testualmente C. conti, sez. Lombardia 24 marzo 1994.

¹²⁵ V. Corte dei conti, sez. I, 7 marzo 1994, n. 55; sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31; sez. II, 27 aprile 1994, n. 114; sez. Umbria, 10 febbraio 1995, n. 20.

¹²⁶ V. Corte conti, sez. Basilicata, 1998, n. X.

¹²⁷ V. Cass. SS.UU. CC. n. 5668 del 25 giugno 1997.

moniale vera e propria, risolvendosi ogni perdita di prestigio in una diminuzione patrimoniale derivante dai maggiori costi che la Pubblica Amministrazione è chiamata a sopportare per ripristinare la sua dignità.

Infatti, il danno in considerazione – ancorché consistente nella lesione di un bene immateriale, quale il prestigio di un ente pubblico, inidoneo a costituire in sé oggetto di scambio – costituisce pur sempre un interesse direttamente protetto dall'ordinamento ed in quanto tale rivestito di valore economico, alla stregua degli altri beni immateriali tutelati, tanto più se si tenga conto della necessità di ricostruire l'immagine compromessa.

Orbene, come la più moderna dottrina civilista¹²⁸ ha avuto modo di sostenere, per danno deve intendersi ogni modificazione peggiorativa di un bene socialmente apprezzabile.

La distinzione poi tra danno patrimoniale e non patrimoniale va fatta discendere dalla possibilità di una oggettiva e diretta valutazione in danaro, che si mostra necessaria perché si possa operare il trasferimento di ricchezza dal responsabile al soggetto leso come conseguenza del fatto lesivo riprovato dal diritto¹²⁹.

Ma, a ben vedere, il danno da lesione del prestigio di un'amministrazione pubblica presenta chiaramente tutti i requisiti della patrimonialità, ben potendo essere tradotta in termini monetari alla stregua di criteri obiettivi, quali le spese necessarie per ripristinare la dignità perduta da parte di una istituzione che deve comportarsi per lo stesso dettato costituzionale secondo i principi di legalità, buon andamento e imparzialità.

Al suo insorgere, perciò, il vantato credito *de quo* nascente dall'illecito del funzionario verso l'amministrazione – alla pari delle altre conseguenze negative – va anch'esso a comporre un elemento attivo del patrimonio generale del soggetto titolare; patrimonio da intendere in senso generale e globale, e non già nel significato proprio della più risalente tradizione contabile che ha ristretto tale concetto ai soli beni fisici e al danaro, nonché ai crediti e debiti figuranti nella contabilità di bilancio degli enti pubblici.

In tale orientamento si trova conferma dell'attribuzione della cognizione al riguardo alla Corte dei conti, che ha infatti una giurisdizione "esclusiva" normativamente riconosciuta, che impedisce l'intervento di ogni altro giudice nella materia degli eventi lesivi provocati da funzionari infedeli alla pubblica amministrazione.

In questa prospettazione è sufficiente a far sorgere il credito dell'ente danneggiato il compimento da parte di un funzionario di un illecito idoneo a pregiudicare l'immagine della pubblica amministrazione nel senso anzidetto, ancorché il fatto non sia penalmente rilevante e financo se non si colleghi ai comuni danni erariali.

L'ipotesi *de qua* rientra nella nozione di danno non patrimoniale di cui all'art.

¹²⁸ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civile* 1969, 207.

¹²⁹ Cfr. M. BESSONE, *Salute, danno biologico e danno non patrimoniale*, in *Giur. merito* 1983, 104 ss.; ID., *Garanzia costituzionale; danno alla persona e normativa dell'art. 2059 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.* 1982, 779 ss.

2059 c.c., comprendendo questo ogni conseguenza pregiudizievole di illecito che non si presti a valutazione monetaria basata su criteri di mercato e, quindi, non possa essere oggetto di risarcimento in senso proprio, sebbene di riparazione¹³⁰.

Occorre, in tale logica, distinguere tra la conseguenza scaturente dal fatto illecito – cioè la lesione dell'immagine della P.A. – dal parametro (*rectius*, criterio) di liquidazione, rappresentato dalla spesa sostenuta o da sostenere per il ripristino della immagine lesa. Infatti, anche conseguenze “non patrimoniali” sono ben suscettibili di valutazione economica, e quindi quantificabili in termini pecuniari. Tale ultimo profilo attiene invero al “*quantum*” e non già all’“*an*”, nella cui sfera deve sempre gravitare la conseguenza “non patrimoniale” per potersene ammettere la risarcibilità¹³¹.

¹³⁰ V. Corte dei conti, sez. I, 7 marzo 1994, n. 55; sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 31; sez. II, 27 aprile 1994, n. 114; sez. Umbria, 10 febbraio 1995, n. 20.

Secondo un diverso orientamento (Corte conti, sez. III 9 aprile 2009, n. 143, est. Longante; sez. I, 18 giugno 2002, n. 202/A, est. Arganelli. Su tale linea v. anche Cass. SS.UU.CC. 25 giugno 1997, n. 5668, est. Triola), essa sarebbe più correttamente da inquadrarsi nell'ambito della responsabilità patrimoniale vera e propria, risolvendosi ogni perdita di prestigio in una diminuzione patrimoniale derivante dai maggiori costi che la pubblica amministrazione è chiamata a sopportare per ripristinare la sua dignità. (Infatti il danno in considerazione – ancorché consistente nella lesione di un bene immateriale, quale il prestigio di un ente pubblico, inidoneo a costituire in sé oggetto di scambio – costituisce pur sempre un interesse direttamente protetto dall'ordinamento ed in quanto tale rivestito di valore economico, alla stregua degli altri beni immateriali tutelati, tanto più se si tenga conto della necessità di ricostruire l'immagine compromessa. Orbene, come la più moderna dottrina civilista (R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 207) ha avuto modo di sostenere, per danno deve intendersi ogni modificazione peggiorativa di un bene socialmente apprezzabile. La distinzione poi tra danno patrimoniale e non patrimoniale va fatta discendere dalla possibilità di una oggettiva e diretta valutazione in danaro, che si mostra necessaria perché si possa operare il trasferimento di ricchezza dal responsabile al soggetto leso come conseguenza del fatto lesivo riprova-to dal diritto (Cfr. M. BESSONE, *Salute, danno biologico e danno non patrimoniale*, cit., 104; ID., *Garanzia costituzionale; danno alla persona e normativa dell'art. 2059 c.c.*, cit., 779 ss.). Ma, a ben vedere, il danno da lesione del prestigio di una amministrazione pubblica presenta chiaramente tutti i requisiti della patrimonialità ben potendo essere tradotta in termini monetari alla stregua di criteri obiettivi, quali le spese necessarie per ripristinare la dignità perduta da parte di una istituzione che deve comportarsi per lo stesso dettato costituzionale secondo i principi di legalità, buon andamento e imparzialità. Al suo insorgere, perciò, il vantato credito *de quo* nascente dall'illecito contabile – alla pari delle altre conseguenze negative – va anch'esso a comporre un elemento attivo del patrimonio generale del soggetto titolare; patrimonio da intendere in senso generale e globale, e non già nel significato proprio della più risalente tradizione contabile che ha ristretto tale concetto ai soli beni fisici e al danaro, nonché ai crediti e debiti figuranti nella contabilità di bilancio degli enti pubblici). La questione è ormai superata da una recente pronuncia della Corte Costituzionale (C. Cost. n. 355/2010), secondo cui, in ordine all'ipotesi di compromissione dell'immagine della P.A., «[...] il relativo danno, in ragione della natura della situazione giuridica lesa, ha valenza non patrimoniale e trova la sua fonte di disciplina nell'art. 2059 c.c.».

¹³¹ In tal senso C. Cost. n. 355/2010, per cui «[...] il riferimento, contenuto nella giurisprudenza della Corte dei conti, alla patrimonialità del danno stesso – in ragione della spesa necessaria per il ripristino dell'immagine dell'ente pubblico – deve essere inteso come attinente alla quantificazione monetaria del pregiudizio subito e non alla individuazione della natura giuridica di esso».

La cognizione al riguardo, ancorché illecito non si colleghi ai comuni danni erariali, senza alcun dubbio spetta alla Corte dei conti, che ha infatti una giurisdizione "esclusiva" normativamente riconosciuta, che impedisce l'intervento di ogni altro giudice nella materia degli eventi lesivi provocati da funzionari infedeli alla pubblica amministrazione¹³².

Di recente, è intervenuto il legislatore per porre un limite a tale istituto, prevedendo così che le procure della Corte dei conti sono abilitate ad esercitare l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e modi previsti dall'art. 7 dalla l. 27 marzo 2001, n. 97¹³³. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione (di cui al comma 2° dell'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20) è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale (art. 30-ter l. n. 102/2009 di conversione d.l. n. 78/2009, modif. da art. 1, comma 1, lett. c) del d.l. n. 103/2009). L'interpretazione restrittiva della disposizione è stata poi avallata dalla Corte Costituzionale¹³⁴, anche se nella giurisprudenza contabile permangono dubbi al riguardo¹³⁵.

¹³² V. C. conti SS.RR. 28 maggio 1999, n. 16/99/QM.

¹³³ Successivamente alla succitata novella limitatrice il legislatore ha inteso però valorizzare tale forma di danno, ammettendolo in alcune ipotesi tipiche, a prescindere dalla formazione di giudicato; il caso emblematico è costituito dal danno all'immagine in cui incorre «[...] il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia [...]» di cui all'art. 55-quinquies d.lgs. n. 165/2001 aggiunto dall'art. 69 d.lgs. n. 150/2009); in tal modo, viene qui superata la preclusione del previo giudicato penale. Va segnalato che l'eccezionalità della disposizione impone certo un'interpretazione restrittiva nel senso che deve trattarsi di fattispecie coincidente con l'ipotesi di reato (ossia "alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza" o utilizzo di "altre modalità fraudolente", con esclusione di diversi sistemi non fraudolenti di assenza arbitraria ove manchi il dolo specifico. In tal senso v. C. conti sez. Molise, 17 febbraio 2012, n. 15 e n. 16, est. Gagliardi.

¹³⁴ V. C. Cost. n. 355/2010, la quale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della suddetta disposizione limitatrice. La Corte costituzionale ha, infatti, spostato l'attenzione dell'interprete dal piano della giurisdizione a quello sostanziale, affermando che l'art. 17, comma 30-ter, d.l. n. 78/2009 (e s.m.) deve essere interpretato nel senso che, al di fuori delle ipotesi dei delitti previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale, l'azione risarcitoria per il danno all'immagine dell'amministrazione non possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio di responsabilità amministrativa e che, quindi, deve ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore della giurisdizione ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa. Ha concluso, pertanto, il giudice delle leggi nel senso che «La norma deve essere univocamente interpretata, invece, nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria» ed affermando che «La scelta di non estendere l'azione risarcitoria anche in presenza di condotte non costituenti reato, ovvero costituenti un reato diverso da quelli espressamente previsti, può essere considerata non manifestamente irragionevole» anche alla luce della circostanza che il legislatore ha inte-

In questa prospettazione, il presupposto di ammissibilità per azionare il credito dell'ente danneggiato da un illecito gestorio idoneo a pregiudicare l'immagine della pubblica amministrazione, è costituito dal passaggio in giudicato di una sentenza di condanna relativamente al medesimo fatto per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale¹³⁶.

Quanto alla determinazione dell'entità del danno – in mancanza di un attuale e specifico progetto ripristinatorio predeterminato dall'amministrazione danneggiata – occorre necessariamente far riferimento all'art. 1226 c.c., che consente al giudice di ricorrere al potere di valutazione equitativa, allorché non sia possibile determinare altrimenti l'entità effettiva del pregiudizio¹³⁷. Il danno *de quo* deriva

so individuare esclusivamente quei reati che contemplano la pubblica amministrazione quale soggetto passivo. Nello stesso senso C. Cost. nn. 219, 220 e 221 del 2011 e 286/2011 (ord. di manifesta infondatezza). In quest'ultima ordinanza si afferma discutibilmente: «in altri termini, il legislatore ha inteso riconoscere la tutela risarcitoria nei casi in cui il dipendente pubblico ponga in essere condotte che, incidendo negativamente sulle stesse regole (n.d.r.: di efficacia, efficienza ed imparzialità), di rilevanza costituzionale, di funzionamento dell'attività amministrativa, sono suscettibili di recare un *vulnus* all'immagine dell'amministrazione, intesa, come già sottolineato, quale percezione esterna che i consociati hanno del modello di azione pubblica sopra descritto».

¹³⁵ V. C. conti, sez. Toscana, 7 dicembre 2011, n. 510, est. Tomassini, per cui «L'art. 17, comma 30-ter, va interpretato nel senso che non esclude la tutela del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante da reato comune. Anche la commissione del reato di cui all'art. 615 ter c.p. (accesso abusivo a un sistema telematico e informatico) può essere posta a base della contestazione del danno all'immagine cagionato alla pubblica amministrazione dalla condotta criminosa di un suo dipendente. Invero, benché la Corte costituzionale abbia avallato un'interpretazione dell'art. 17 comma 30-ter del d.l. 1° luglio n. 78/2009 s.m.i. secondo cui il danno all'immagine sarebbe perseguibile unicamente in presenza dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, il Collegio, pur dando atto dell'indubbia importanza ermeneutica delle sentenze interpretative di rigetto, non ritiene che esse abbiano il potere di vincolare giudici diversi da quelli *a quibus*».

¹³⁶ Ne consegue che la P.A. sia l'unica persona giuridica dell'ordinamento ad essere penalizzata dal mancato riconoscimento del risarcimento del danno, al di fuori di ipotesi legislativamente previste.

¹³⁷ La quantificazione del danno in questione va quindi collegato ad una serie di elementi oggettivamente riscontrabili, ancorché discrezionalmente individuati nella loro consistenza ed incidenza dallo stesso giudice nella fattispecie concreta. In particolare va tenuto conto dell'ampiezza dei riflessi negativi, riferiti all'ambito in cui l'illecito contabile è stato commesso, inteso sia in relazione alla localizzazione dei riflessi stessi, sia alla considerazione ed all'estimazione di cui la struttura pubblica gode presso la collettività nella quale si è verificato il clamore negativo, sia comunque alla rilevanza sociale della attività svolta. Non va infine sottaciuto al proposito l'eventuale e ricorrente precario stato finanziario dell'amministrazione danneggiata, che deve far fronte con limitati mezzi di bilancio alle necessità di ripristino del prestigio scosso. In caso di percezione di una c.d. tangente, il danno all'immagine non deve essere necessariamente rapportato alla misura della stessa, anche se la somma è certamente indicativa del pregiudizio: C. conti sez. III centr. 12 dicembre 2011, n. 850, est. Tridico, per cui «L'importo della condanna per danno all'immagine può essere anche di molto superiore all'importo della tangente ricevuta dal convenuto. Invero, ai fini della quantificazione del danno all'immagine l'importo della tangente è solo uno degli eventuali parametri di quantificazione di un danno da misurarsi in relazione alla dimensione della lesione dell'immagine, quali, ad esempio, la dolosità del comportamento, la qualifica di pubblico ufficiale del convenuto, la particolare riprovevolezza sociale – oltre che la rilevanza penale – della condotta posta in essere, la di-

dalla necessità di ripristinare nella sua interezza il prestigio della pubblica amministrazione, scosso dal discredito provocato dalla vicenda generalmente enfatizzata dalla stampa, conseguente al comportamento contabilmente illecito del convenuto¹³⁸.

Il danno all'immagine può rilevare autonomamente come evento lesivo (c.d. danno-evento) e non solo come eventuale conseguenza dell'illecito gestorio in senso proprio (c.d. danno-conseguenza)¹³⁹.

mostrazione di mancanza assoluta di affidabilità e correttezza del pubblico ufficiale, il grado di risonanza della vicenda sugli organi di stampa». V. anche C. conti sez. II 5 giugno 2007 n. 186, est. Silveri, che pone in risalto come vengono in rilievo elementi ulteriori rispetto all'entità di essa (quali la posizione funzionale del soggetto percettore e la diffusione della notizia nei media).

¹³⁸ V. C. conti, sez. II, 10 luglio 2007, n. 234/A, est. Longoni: «Per affermare il detrimento dell'immagine della Pubblica amministrazione è sufficiente che vi sia pregiudizio dei diritti della personalità della P.A. quali il prestigio, l'autorevolezza e la credibilità, per il cui ripristino non è sempre occorrente la spendita di risorse economico-finanziarie». Conformi: SS.RR. 23 aprile 2003 n. 10/QM; Sez. II centrale 13 ottobre 2000 n. 299/A; Sez. III centrale 26 ottobre 2001 n. 279/A; sez. I centrale 16 marzo 2000 n. 82/A; 12 febbraio 2003 n. 56/A.

¹³⁹ Infatti, a volte, esso rappresenta un'appendice di una più complessa ipotesi di danno, per cui non si pongono problemi sugli elementi che la compongono, ed in particolare su quello soggettivo. Si determina, cioè, una sorta di illecito gestorio aggravato dall'evento (detrimento dell'immagine e del prestigio), che viene quindi oggettivamente addossato al responsabile senza ulteriori accertamenti. Ma quando il danno all'immagine, si presenta in sé, senza connessioni con danneggiamenti finanziari e patrimoniali diretti ("puro" danno-evento), occorre accertare la sussistenza di tutti gli elementi di ogni forma di responsabilità, ed in particolare della colpevolezza. Altrimenti si determinerebbe una responsabilità oggettiva, attribuita sulla base di fatti peraltro spesso estranei alla vicenda strettamente considerata. E la situazione si aggraverebbe poi se tali fatti, nella loro eventuale qualificazione di reati, siano assunti in maniera indiscutibile ed acritica, in quanto coperti dall'autorità di giudicato penale. Va esaminato invece se si sia determinato un evento dannoso a rilevanza gestoria e se sussista un nesso eziologico tra condotta e danno. In caso positivo va accertata la sussistenza della necessaria colpevolezza e l'entità del pregiudizio, facendo eventualmente ricorso all'art. 1226 del codice civile in mancanza di un piano economico dell'ente danneggiato (C. conti, sez. Basilicata, 11 febbraio 1999, n. 27 est. Sciascia). La più recente giurisprudenza contabile tende, però, a ritenere risarcibile il danno all'immagine, nei limiti in cui l'amministrazione abbia effettivamente erogato mezzi finanziari per il ripristino del bene immateriale leso (C. conti, sez. I, centr. 13 agosto 2002, n. 289/A, est. Di Passio; 5 marzo 2002, n. 63/A, est. Morgante; 18 aprile 2002 n. 120/A, est. Pinotti. *Contra*: C. conti, sez. III, 9 aprile 2009, n. 143 est. Longavita, che ammette la prova per presunzioni e per comune esperienza), dimenticando che il bene *de quo*, ancorché economicamente valutabile con riferimento alle spese di ripristino del prestigio, è ben risarcibile a prescindere dalla circostanza che effettivamente siano state già liquidate spese al riguardo. Così correttamente C. conti, sez. II centr., 30 giugno 2010, n. 269/A, est. Rössler, secondo cui «per la quantificazione del danno all'immagine può ricorrersi a parametri diversi dalle spese sostenute e da sostenere, per il ripristino dell'immagine della Pubblica amministrazione, come quelli desumibili dall'obiettiva gravità dei fatti e dall'importanza della funzione rivestita dal funzionario». Cfr. ancora, sez. I centrale, 14 gennaio 2008, n. 24/A; 7 gennaio 2004, n. 3/A; Corte di cassazione, sez. Trib. 30 settembre 2005, n. 19251. Allo stesso modo C. conti, sez. Campania, n. 2057 del 12 dicembre 2011, est. Ruggiero, secondo cui per la configurabilità del danno all'immagine non è necessario provare le spese per il ripristino del bene leso. «Ai fini della prova del danno all'immagine non è necessario dimostrare in concreto di aver sostenuto spese per il ripristino dell'immagine lesa. Invero, il perfeziona-

L'assoluzione penale per gli stessi fatti esclude di per sé la sussistenza di un qualsiasi danno all'immagine anche in sede contabile¹⁴⁰.

Occorre, infine, evidenziare un ormai superato orientamento giurisprudenziale che tendeva a costruire tale pregiudizio come danno esistenziale, rientrando nella rinnovata categoria del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.¹⁴¹, anche se il tentativo sembra contrario all'ultimo indirizzo della Cassazione¹⁴².

Quanto alla determinazione dell'entità del danno – in mancanza di un attuale e specifico progetto ripristinatorio predeterminato dall'amministrazione danneggiata – occorre necessariamente far riferimento all'art. 1226 c.c., che consente al giudice di ricorrere al potere di valutazione equitativa, allorché non sia possibile determinare altrimenti l'entità effettiva del pregiudizio.

Il danno *de quo* deriva dalla necessità di ripristinare nella sua interezza il prestigio della pubblica amministrazione, scosso dal discredito provocato dalla vicenda generalmente enfatizzata dalla stampa, conseguente al comportamento illecito del convenuto.

La quantificazione del danno in questione va quindi collegato ad una serie di elementi oggettivamente riscontrabili, ancorché discrezionalmente individuati nella loro consistenza ed incidenza dallo stesso giudice nella fattispecie concreta.

mento del danno all'immagine – sia nella sua configurazione tradizionale di danno evento c.d. esistenziale, rilevante *ex se* nell'ambito della clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. (sul punto, C. Conti, SS.RR., n. 10/2003/QM), sia alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale, che lo configura come danno-conseguenza riconducendo il danno rappresentato dalla violazione della personalità pubblica dell'amministrazione, costituzionalmente connotata da efficienza ed imparzialità, nell'alveo dell'art. 2059 c.c., oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, tesa a ricomprendere, nell'astratta previsione della norma, ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona – non necessita di una *deminutio patrimonii* e rileva, dunque immediatamente (ovvero, alla stregua del secondo degli orientamenti giurisprudenziali testé citati, in via mediata attraverso l'uso di presunzioni) a seguito dell'intervenuto compimento di specifiche condotte illecite dei pubblici dipendenti, idonee a determinare concretamente il pregiudizio del bene tutelato».

¹⁴⁰ V. C. conti, sez. I centr., 8 luglio 2002, n. 289/A, est. Riccò.

¹⁴¹ V. C. conti SS.RR., 23 aprile 2003, n. 10/QM, est. Schlitzer, che costruisce il danno (non patrimoniale) all'immagine come lesione gravissima dei valori costituzionali che informano la P.A.

¹⁴² V. Cass. civ., SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972, secondo cui «Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Non può, dunque, farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità. Il pregiudizio non patrimoniale è risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Nell'ambito della perdita subita e mancate utilità, *ex art.* 1223 c.c., vanno ricompresi anche i pregiudizi non patrimoniali. Al danno biologico va riconosciuta portata tendenzialmente omnicomprensiva. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato».

In particolare, va tenuto conto dell'ampiezza dei riflessi negativi, riferiti all'ambito in cui l'illecito contabile è stato commesso, inteso sia in relazione alla localizzazione dei riflessi stessi, sia alla considerazione ed all'estimazione di cui la struttura pubblica gode presso la collettività nella quale si è verificato il clamore negativo, sia comunque alla rilevanza sociale della attività svolta.

Non va, infine, sottaciuto al proposito l'eventuale e ricorrente precario stato finanziario dell'amministrazione danneggiata, che deve far fronte con limitati mezzi di bilancio alle necessità di ripristino del prestigio scosso.

L'art. 1226 c.c., che prevede la valutazione equitativa del danno, assume l'equità come criterio di determinazione del danno risarcibile in tutte le ipotesi di impossibilità o difficoltà tecnica di provarne l'ammontare con sufficiente approssimazione.

Si rende necessario, perciò, l'esigenza di cogliere più concretamente il significato di questo criterio in termini che non si arrestino a generici richiami alla prudenza o alla moderazione. Si rende necessario, in altri termini, individuarne i presupposti e i limiti, al fine di consentire il controllo della sua corretta osservanza e assicurare la possibilità della sua applicazione nell'ambito del giudizio tendente alla definizione della misura della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione.

La valutazione equitativa, in linea con l'idea di fondo di equità come principio di temperamento di interessi diversi, si può configurare come un giudizio di bilanciamento dei fattori incidenti sul danno.

Il danno da risarcire, in sostanza, è ricercato come la risultante dei vari e contrastanti elementi che hanno una maggiore o minore possibilità di incidere positivamente o negativamente sul suo ammontare¹⁴³.

Secondo la formula nella norma in esame, la valutazione equitativa attiene alla determinazione di un danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare.

Da tale formula si deduce, quindi, che la valutazione esige, in primo luogo, la prova dell'esistenza del danno ed, in secondo luogo, una incertezza limitata alla determinazione della sua precisa entità¹⁴⁴.

Per quanto concerne il primo presupposto, la giurisprudenza ormai consolidata ha precisato che la prova in questione deve intendersi come prova dell'esistenza di un evento che ha un normale o presunto significato di danno.

Ciò significa, da un lato, che il giudizio equitativo non concerne l'accertamento di un evento lesivo a venire e, dall'altro, che ad una valutazione equitativa si

¹⁴³ Cfr. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, Bologna 1981, 589, che opportunamente distingue dai fattori incidenti sul danno quegli elementi che risultano estranei al risultato pregiudizievole, quali ad esempio quelli che segnano la diversa gravità morale dell'illecito o delle sue conseguenze ovvero la diversa misura di capacità di sopportazione economica dei soggetti (solida situazione finanziaria del danneggiante).

¹⁴⁴ V. Cass. 26 ottobre 1968, n. 3597.

prestano solo gli aggravamenti futuri e gli eventuali mancati guadagni che si collegano funzionalmente, seppur in termini meramente probabilistici, all'attuale evento lesivo¹⁴⁵.

Più problematico l'accertamento dell'altro presupposto, vale a dire l'impossibilità di provare il danno nel suo preciso ammontare.

L'impossibilità, cui è stata equiparata l'estrema o grande difficoltà¹⁴⁶, è vista, infatti, in relazione ai mezzi probatori di cui dispone il danneggiato o di cui potrebbe disporre con un ragionevole sforzo diligente.

Solo quando i comuni criteri di valutazione risultano inapplicabili per la mancanza o insufficienza dei dati su cui dovrebbero fondarsi, può ammettersi l'adozione di una valutazione equitativa in cui sia dato rilievo alle peculiari caratteristiche positive o negative del bene, come fattori aventi probabilità di incidenza sul valore economico dello stesso¹⁴⁷.

Per quanto concerne, invece, la determinazione equitativa degli aggravamenti futuri e degli eventuali futuri guadagni, il giudizio equitativo appare particolarmente appropriato quando l'entità di un futuro guadagno dipenda da un non predeterminato risultato produttivo o da un non sicuro successo commerciale del bene.

La valutazione deve allora tenere conto degli elementi che incidono positivamente o negativamente sulle probabilità di guadagno mancato¹⁴⁸.

L'impossibilità della prova del danno nel suo preciso ammontare è generalmente parziale, posto che sono, di solito, suscettibili di dimostrazione almeno i singoli elementi che concorrono ad identificare le dimensioni e il valore della lesione.

Se, quindi, il giudice nella valutazione equitativa non può ignorare i fatti noti o che emergono dalle risultanze istruttorie, tanto più il danneggiato ha l'obbligo di fornire le prove di quegli elementi che sono di rilievo nell'accertamento dell'equità.

La parte danneggiata, in sostanza, non viene esentata dall'onere di provare quei dati di fatto che valgono a fornire al giudice un orientamento per la sua valutazione di equità¹⁴⁹.

È vero, come pure è stato sostenuto, che non può condizionarsi all'adempimento di tale onere l'applicazione della norma in esame; l'atteggiamento inerte

¹⁴⁵ V. Cass. 20 aprile 1976, n.1377.

¹⁴⁶ V. Cass. 30 novembre 1977, n. 5219; 6 luglio 1977, n. 2984; Cass. 25 febbraio 1979, n. 1267.

¹⁴⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 596, «Tra gli elementi che hanno influenza sul danno, ma che possono essere calcolati solo in termini di probabilità e che richiedono pertanto la valutazione equitativa, vi sono i possibili futuri interventi dello stesso danneggiato volti ad eliminare o a diminuire la situazione dannosa».

¹⁴⁸ V. Cass. 16 luglio 1946, n. 892, secondo cui un caso del genere sarebbe costituito dal valore del lucro cessante riguardante un'opera artistica destinata allo sfruttamento commerciale.

¹⁴⁹ V. Cass. 11 ottobre 1978, n. 4558.

del danneggiato può rendere, però, incerta proprio l'esistenza di un danno minimo, lasciando così privo il giudice di ogni elemento che gli permetta di procedere ad una qualsiasi concreta previsione del danno probabile.

Come apprezzamento comparato dei fattori di probabile incidenza sul danno, risultanti dal complesso dei mezzi di prova, la valutazione equitativa deve necessariamente tener conto di tutti gli elementi che influiscono positivamente o negativamente sull'entità del pregiudizio.

Il controllo sulla regolarità del procedimento equitativo è assicurata attraverso l'imposizione di un'adeguata e congrua motivazione¹⁵⁰.

Per evitare, infatti, di effettuare una liquidazione arbitraria del danno, il giudice deve procedere, se non ad una dimostrazione analitica e specifica degli elementi di fatto tenuti presenti, quanto meno ad una spiegazione dei fattori costitutivi dell'ammontare liquidato con riferimento concreto alle risultanze processuali attinenti all'entità del danno, in modo che sia possibile la ricostruzione logica del meccanismo decisionale¹⁵¹.

I fattori incidenti sul danno possono essere i più vari e possono aver costituito oggetto di prova o di accertamento nell'istruzione della causa.

È sicuro che, in tal caso, la valutazione equitativa non può trascurare le risultanze probatorie sugli elementi rilevanti nella valutazione stessa, né può trascurare le risultanze sugli elementi che diminuiscono il margine di indeterminatezza dell'ammontare del danno.

Ne consegue che, se il giudice non voglia tener conto di una prova siffatta perché la ritenga insufficiente o inattendibile, anche di ciò deve dare una congrua motivazione.

Ugualmente, il giudice può modificare o discostarsi dai risultati dei mezzi probatori e degli stessi accertamenti tecnici, ma deve spiegare in base a quali altri elementi sia pervenuto ad un diverso risultato¹⁵².

Nell'esaminare, ora, la possibilità per il giudice contabile di ricorrere all'istituto della valutazione equitativa per determinare l'ammontare del risarcimento dovuto, occorre preliminarmente osservare che la responsabilità amministrativo-contabile – secondo la giurisprudenza ormai consolidata – è inquadrabile nel generale sistema della responsabilità civile per danno ed ha natura risarcitorio-patrimoniale e non penale¹⁵³.

È fuori dubbio, dunque, che alcuni principi siano uguali per ambedue i tipi di responsabilità (ad es. i presupposti: colpa, danno, nesso causale), ma non per questo si può affermare che esista una perfetta identità tra le due specie considerate.

Anche se risulta pacifica l'applicazione del principio generale di cui all'art.

¹⁵⁰ Cfr. L. BASILE, *La valutazione equitativa nella liquidazione del danno alla persona*, Milano 1974.

¹⁵¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 391.

¹⁵² Cass. 2 luglio 1991, n. 7262.

¹⁵³ V. C. conti, sez. II, 31 gennaio 1983, n. 8.

1226 c.c. nei riguardi della responsabilità in discorso¹⁵⁴, la giurisprudenza più recente e la dottrina hanno comunque sottolineato qualche aspetto peculiare nell'applicazione della disciplina privatistica ad un processo, quale quello contabile, caratterizzato da una normativa particolare.

Particolarmente delicato è l'aspetto relativo alle prove, e il problema dell'accertamento dell'ammontare del danno; e ciò perché il danno che può subire lo Stato o un Ente Pubblico per un comportamento di un soggetto ad essi legato da un rapporto di dipendenza o di servizio, può assumere connotazioni che sono state definite pubbliche ed uscire così dagli schemi studiati dalla dottrina ed ampiamente valutati dalla giurisprudenza¹⁵⁵.

Il problema che si vuole, in primo luogo, sollevare è quello della quantificazione del danno da parte del Pubblico Ministero già nell'atto di citazione.

Potrebbe avvenire, e di fatto spesso ciò avviene, che il P.M., ritenendo la sussistenza di un danno erariale, promuova l'azione di responsabilità amministrativa, ma si trovi contemporaneamente nell'impossibilità o difficoltà di quantificare un danno, che sia, in ipotesi, indeterminato ma determinabile.

Ci si troverebbe in presenza di una situazione in cui le conclusioni del P.M. non potrebbero essere che di condanna al pagamento di una somma secondo equità.

Si ipotizza generalmente, il danno costituito da degrado, in ipotesi colpevole, di un'opera pubblica; il danno derivante dalla mancata utilizzazione di locali commerciali; o quello della mancata utilizzazione di automezzi.

La possibilità per il P.M. di formulare un atto di citazione in cui conclude chiedendo la condanna del convenuto al pagamento di quella somma che sarà accertata in corso di causa è generalmente ammessa¹⁵⁶.

Un altro aspetto, sempre attinente alla valutazione del danno, su cui si è soffermata la giurisprudenza, attiene all'errore in cui è spesso incorso il giudice contabile per aver confuso il profilo della esatta quantificazione del danno con quello della esistenza del danno stesso.

La valutazione equitativa del danno, è stato, infatti, da più parti ribadito¹⁵⁷, presuppone che questo, pur non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, sia certo nella sua esistenza ontologica, mentre ove tale incertezza non sussista il potere discrezionale del giudice non ha modo e campo di estrinsecarsi e non

¹⁵⁴V. C. Conti, sez. I, 1980/55.

¹⁵⁵Cfr. V. APICELLA, *Prove per la quantificazione del danno e istruzione probatoria*, in *Quaderni della Corte dei conti* 1/1992, 171.

¹⁵⁶V. C. conti, sez. II, 21 febbraio 1992, n. 43, ove si sostiene l'ammissibilità del ricorso all'istituto dell'art. 1226 c.c. nel caso di «incertezza quanto al giudizio circa le conseguenze economiche che da un fatto lesivo sono scaturite e cioè circa l'entità del danno stesso, attesa l'assenza di ogni indicazione da parte del P.G., nelle varie sue componenti e articolazioni».

¹⁵⁷V. C. conti, sez. I, n. 137, del 18 settembre 1984; sez. I, n. 198, del 6 giugno 1898; sez. I, n. 4 del 9 gennaio 89; SS.RR. n. 742A del 14 gennaio 1992.

resta altra via che quella di applicare l'antico brocardo "*actore non probante, reus absolvitur*".

In altri termini, la disposizione contenuta nell'art. 1226 c.c. non può essere utilizzata per colmare un'insufficienza di prova sulla esistenza del danno, ma solo per rendere in concreto possibile la sua quantificazione non altrimenti determinabile¹⁵⁸.

L'aspetto su cui occorre soffermarsi più diffusamente concerne l'esatta individuazione dei criteri con i quali debba essere valutato e dei parametri cui debba essere commisurato un danno erariale certo nella sua essenza ontologica.

Si tratta di un profilo importante, soprattutto, alla luce dell'evoluzione ed espansione della giurisprudenza contabile.

Nella prospettiva tradizionale l'elemento del danno, quale presupposto della responsabilità, è stato variamente raffigurato con riguardo alla sua effettiva esistenza ed al regime probatorio; ma è stato sempre inteso in termini essenzialmente finanziari, come valore del bene perduto e non acquisito dall'Amministrazione per effetto del comportamento illecito del responsabile.

Tale nozione di danno "computistico" è apparsa troppo angusta di fronte all'esigenza di protezione di una serie di beni di interesse generale, muniti di garanzia costituzionale, quali l'ambiente, e la salute, nonché con riguardo a fatti pregiudizievoli per l'economia nazionale e non sempre riconducibili a definite quantità monetarie¹⁵⁹.

La Corte stessa ha, infatti, elaborato, nel corso degli ultimi anni, la nozione di danno inteso come lesione di interessi più generali, come lesione, in sostanza, del patrimonio pubblico costituito dall'insieme di tutte quelle utilità suscettibili di apprezzamento economico di cui usufruisce la collettività¹⁶⁰.

Anche la vicenda dei danni arrecati alla finanza pubblica da illecite operazioni valutarie, oltre che per frodi fiscali, ha impegnato la giurisprudenza della Corte dei conti, attraverso le cui decisioni è stata confermata la nozione di danno erariale come evento lesivo di un interesse dello Stato: interesse raffigurabile come diritto soggettivo pregiudicato dal fatto illecito¹⁶¹.

L'interesse leso deve, quindi, sempre essere economicamente valutabile anche se nella prospettiva di una più moderna concezione del patrimonio pubblico.

¹⁵⁸ V. C. Conti SS.RR., n. 6 SIA del 13 febbraio 1990, ove si legge ad es. che «le generali minacce fatte valere da parte di militari della Guardia di Finanza nei confronti di contribuenti sottoposti ad ispezione, non danno contezza – sotto il profilo di una equivalenza tra *pretium sceleris* e pregiudizio – di un effettivo danno per lo Stato, ben essendo possibile che le pretese tributarie minacciate in effetti siano insussistenti; e pertanto in assenza della prova del danno va esclusa la responsabilità dei militari in questione i quali, pur avendo fatto indebitamente ricorso al "*metus publicae potestatis*", non risulta abbiano prodotto un danno per l'erario».

¹⁵⁹ Cfr. R. COLTELLI, *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, cit., 56.

¹⁶⁰ V. C. Conti, sez. I, 22 gennaio 1982, nn. 9 e 10.

¹⁶¹ V. C. Conti, sez. II, 13 marzo 1989, n. 54.

La valutazione economica è, d'altra parte, insita nella natura stessa degli interessi protetti.

Il mancato raggiungimento di una finalità sociale dell'attività economica pubblica ovvero il mancato conseguimento del previsto equilibrio nell'utilizzazione delle risorse ovvero il sovvertimento delle scelte di priorità del legislatore si risolve in un onere economico che si ripercuote necessariamente sull'intera collettività dando luogo all'utilizzazione di altre risorse sottratte, a loro volta, alla loro originaria destinazione in un quadro di costante inadeguatezza delle risorse pubbliche ai bisogni della collettività¹⁶².

Diverso è il problema, invece, della misurazione quantitativa del pregiudizio economico.

In molti casi, infatti, risulta difficile, se non addirittura impossibile, la definizione del danno in termini quantitativi.

Si tratta delle ipotesi di danni all'economia nazionale per illecite operazioni finanziarie; dei danni prodotti dalle minori entrate derivanti dalla adozione di un illegittimo sistema di riscossione; dei danni prodotti, infine, dall'edificazione in zone protette da divieto assoluto di edificabilità¹⁶³.

È, quindi, ricorrente nella giurisprudenza della Corte dei conti la formula dell'affidamento della liquidazione del danno alla valutazione equitativa del giudice, ai sensi dell'art. 1226 c.c.¹⁶⁴.

Si tratta di un criterio che, nelle ipotesi di impossibilità o estrema difficoltà di prova del danno nel suo preciso ammontare, si ispira ad un principio di rilievo giuridico oltretutto etico, inteso ad evitare che l'autore di un torto possa essere esentato dal dovuto ristoro sol perché il danno derivatone non è esattamente quantificabile.

Il problema a questo punto si incentra sulla individuazione di attendibili indici o parametri di riferimento senza i quali il ricorso alla determinazione equitativa del danno si risolverebbe in una valutazione del tutto arbitraria.

Abbandonando una prassi che nel recente passato¹⁶⁵ si limitava a richiamare l'applicazione dell'art. 1226 c.c. senza una completa indicazione dei dati di rilievo attraverso i quali giungere all'accertamento finale, la più recente giurisprudenza della Corte dei conti, rispondendo ad una esigenza di trasparenza e di controllo,

¹⁶² V. C. conti, sez. II, 13 marzo 1989, n. 54.

¹⁶³ V. C. conti, sez. II, 1980/86.

¹⁶⁴ In materia di mancata realizzazione di entrate tributarie il principio ha trovato applicazione nell'ipotesi che l'importo del tributo non riscosso a causa della mancata notifica dell'accertamento tributario sia incerto e non sia in altro modo determinabile (C. conti, sez. I, 1983/17); in ipotesi di mancata applicazione di maggior tributo (C. conti, sez. I, 1986/99); nell'impossibilità – derivata dalla mancata notifica al debitore d'imposta dell'accertamento di maggior valore – di determinare nei modi e nei termini previsti dalla legge tributaria l'ammontare della obbligazione d'imposta (C. conti, sez. I, 1976/120); nei casi di omessa notifica di accertamento tributario (C. conti, sez. I, 1987/104).

¹⁶⁵ Non di rado infatti i giudici del merito ricorrono a formule generiche del tipo: «appare equo liquidare il danno...»; «il danno è liquidato secondo equo apprezzamento in lire ...». Cfr. ad es. C. conti, sez. I, 14 febbraio 1986, n. 99; sez. II, 13 ottobre 1986, n. 220; sez. II, 15 maggio 1974, n. 21.

ha sempre più spesso esposto in motivazione l'apprezzamento comparato dei vari fattori di probabile ed obiettiva incidenza sul danno.

E ciò non solo quando il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare, ma anche con riferimento specifico al danno derivante dalla mancata applicazione del maggior tributo dovuto reso possibile da omissione dei doveri di servizio¹⁶⁶.

Alcune interessanti decisioni delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, in sede di valutazione equitativa del danno, hanno preso in considerazione una serie di attendibili e realistici elementi presuntivi.

In un caso, di omissione di accertamento tributario in rettifica, il danno è stato quantificato nella misura in cui presumibilmente il debito tributario sarebbe stato definito ricorrendo da un lato al regime delle presunzioni e dall'altro ad una serie di elementi tratti dai documenti richiamati nelle memorie difensive¹⁶⁷.

Ancor più significativa un'ipotesi di mancata riscossione di tributi locali (tasse sui rifiuti solidi urbani) ove il Collegio, prima ancora di dare ingresso ai criteri presuntivi adottati dal Requirente, ha ritenuto possibile, nella specie, assumere a concreto elemento di determinazione l'ammontare dei ruoli degli anni successivi a quelli in questione¹⁶⁸.

Ne consegue che, in assenza di una precisa indicazione del danno, i convenuti nel giudizio su citazione del P.M. dovrebbero essere assolti non essendo possibile fondare la detta responsabilità su mere presunzioni ove queste non siano gravi, precise e concordanti¹⁶⁹.

Ciò non toglie che ove ciò non risulti possibile per l'insufficienza o la non utilizzabilità nel giudizio contabile delle prove già acquisite in un diverso processo, esiste per il giudice contabile la possibilità di svolgere ogni possibile accertamento istruttorio prima di pervenire ad una decisione di assoluzione¹⁷⁰.

Malgrado tale sforzo giurisprudenziale, alcuni autori rimangono convinti che tali criteri equitativi nell'assenza di precisi parametri di riferimento, non possono non essere latamente discrezionali sicché diviene problematico stabilire se la valutazione giudiziale assolva una funzione meramente risarcitoria della perdita subita dall'erario o una funzione sanzionatoria del comportamento illecito dei soggetti responsabili secondo una concezione minoritaria della responsabilità *de qua*, ma sempre più spesso ricorrente¹⁷¹.

¹⁶⁶ V. C. conti, sez. I, 16 settembre 1986, n. 643; sez. II, 10 maggio 1972, n. 16; sez. I, 15 maggio 1974, n. 2; sez. II, 14 ottobre 1974, n. 69; sez. I, 18 settembre 1984, n. 137.

¹⁶⁷ V. C. conti SS.RR. n. 591A del 20 settembre 1988.

¹⁶⁸ V. C. conti SS.RR. n. 637A del 29 novembre 1989.

¹⁶⁹ V. C. conti, sez. I, 19 febbraio 1992, n. 40. Si tratta di una fattispecie in cui l'ammontare del danno – mancata riscossione di tributi locali – è stato individuato dal P.G. nella misura calcolata in via presuntiva da un'ispezione ministeriale.

¹⁷⁰ V. C. conti SS.RR. 29 dicembre 1991, n. 735A.

¹⁷¹ Cfr. R. COLTELLI, *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, cit., 59; F. GARRI, voce *Danno*, in *Enc. Giur.*, Roma, 3 ss.

L'istituto della rivalutazione monetaria è lo strumento apprestato dall'ordinamento giuridico mediante il quale rendere attuale ed effettivo il ristoro del danno subito da un qualsiasi creditore di somma di denaro a seguito dell'altrui comportamento illecito.

In buona sostanza, l'istituto in esame consente, ricorrendo a parametri predefiniti, di far fronte al costante fenomeno inflattivo, che rende il potere d'acquisto della moneta sempre più debole a completo discapito della categoria dei creditori di cui sopra.

A proposito di questi ultimi è opportuno operare una distinzione fra titolari di diritti di credito che hanno ad oggetto una somma di danaro sin dalla nascita del rapporto obbligatorio (obbligazioni pecuniarie) e creditori che hanno diritto ad una somma di denaro, ma a titolo di risarcimento del danno sofferto a seguito dell'inadempimento da parte di terzi di un precedente diverso obbligo.

Tale differenziazione si rende necessaria proprio al fine della applicazione della rivalutazione monetaria.

Infatti, nell'ipotesi di obbligazioni pecuniarie, il cui principio informatore è quello nominalistico, ci si trova di fronte ad un debito c.d. di valuta, per cui l'istituto in oggetto trova ingresso, a fronte del previo inadempimento del debitore, attraverso la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1224 c.c., la quale sottopone l'avente causa all'*onus probandi* del *lucrum cessans* o del maggior danno, fatta eccezione per alcune categorie di creditori (es.: imprenditori, pensionati ecc.) per i quali la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁷² ha fatto ricorso a criteri presuntivi in guisa tale da sollevare tali soggetti dall'onere probatorio di cui sopra.

Nel secondo caso, in cui la somma di denaro è oggetto di un'obbligazione risarcitoria che si può definire di secondo grado, in quanto subentra ad un'altra precedente ed inadempita di diverso contenuto, si suole parlare di debito cd. di valore¹⁷³.

In questa ipotesi la rivalutazione monetaria non è sottoposta ai limiti di cui si è fatto cenno a proposito delle obbligazioni pecuniarie, ma il giudice procede all'applicazione automatica della stessa al fine di operare la quantificazione del danno stesso.

L'obbligazione risarcitoria derivante da accertata responsabilità del funzionario verso l'amministrazione rientra nell'ipotesi testè illustrata, per cui il debito che grava sul dipendente è di valore.

Tale inquadramento dell'obbligazione risarcitoria dovuta a titolo di responsabilità *de qua* è frutto della giurisprudenza contabile, la quale ha individuato nella violazione dei doveri di servizio il fatto genetico del comportamento "*contra jus*", sottraendo, così, l'obbligazione risarcitoria al principio nominalistico¹⁷⁴.

¹⁷² Sul punto v. Cass., S.U. 16 luglio 2008, n. 19499.

¹⁷³ V. Cass. civ., 24 aprile 1998, n. 4225, 53, secondo cui il credito risarcitorio, avendo natura di debito di valore, è soggetto di per sé a rivalutazione monetaria.

¹⁷⁴ V. C. conti SS.RR., 14 gennaio 1992, n. 742/A; ID. 20 giugno 1991, n. 71.9/A; ID. 9 aprile 1990, n. 659/A; ID. 4 aprile 1991, n. 706/A; ID. 6 marzo 1.990, n. 654/A.

Tale orientamento giurisprudenziale è assolutamente prevalente, anche se non possono sottacersi decisioni in senso opposto, tendenti a ricomprendere l'obbligazione risarcitoria in questione fra i c.d. debiti di valuta che, sottostando al principio nominalistico, costringono il creditore-danneggiato a far ricorso alla disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1224 c.c., come più ampiamente illustrato in precedenza.

In una recente sentenza¹⁷⁵, che ha tentato di rilanciare la tesi minoritaria, si rileva che il motivo che ha determinato il collegio ad operare una scelta in netto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente va individuato nel convincimento che la domanda risarcitoria nel giudizio di responsabilità amministrativa o contabile ha per oggetto il danno inteso, non come valore della mancata attività comportamentale del pubblico agente, bensì come entrata non riscossa o spesa erogata a causa della mancata cooperazione del debitore.

Tale assunto appare, attualmente, insostenibile anche se vi sono state alcune recenti decisioni¹⁷⁶, che hanno tentato di distinguere in considerazione al tipo di attività svolta, affermando così la natura di debito di valuta dell'obbligazione risarcitoria derivante da responsabilità amministrativa e contabile ogni volta che il soggetto svolga un'attività direttamente finalizzata alla gestione di mezzi finanziari; e la natura di debito di valore al contrario allorché il predetto svolga un'attività diretta alla gestione di beni patrimoniali pubblici diversi dal denaro.

Al riguardo di quest'ultima impostazione, peraltro minoritaria nella giurisprudenza della Corte dei conti, è opportuno soffermarsi a considerare alcuni aspetti da essa derivanti.

Innanzitutto, appare indubbia in quest'ottica la natura di debito di valore dell'obbligazione risarcitoria derivante da responsabilità in esame, in quanto il rapporto obbligatorio "primario" non ha ad oggetto alcuna somma di denaro, ma il comportamento che il pubblico dipendente deve tener in costanza di rapporto di servizio, per cui il venir meno, da parte dell'agente, agli obblighi connessi al rapporto di cui sopra è l'unico fatto generativo di responsabilità – mentre, al contrario, l'obbligazione risarcitoria nascente da responsabilità contabile ha senz'altro natura di debito di valuta, nella specifica ipotesi di gestione di somme di denaro.

Tale orientamento, oltre a trovare eco in sparute recenti decisioni contabili, affonda le proprie radici nella giurisprudenza della Corte dei conti risalenti agli anni settanta, in cui non si dubitava assolutamente, della natura di debito di valuta dell'obbligazione risarcitoria in questione.

Dal 1974¹⁷⁷ in poi il giudice contabile ha, però, operato un deciso ripensamento, riconoscendo, sia alla responsabilità contabile che a quella amministrativa,

¹⁷⁵ V. SS.RR. n. 673 del 21 giugno 1990 con nota di RISTUCCIA e di MARTUCCI DI SCARFIZZI, in *Riv. Corte dei conti* 1991, II, 611.

¹⁷⁶ V. C. conti, sez. I, 11 gennaio 1991, n. 11; sez. I, 30 luglio 1990, n. 162.

¹⁷⁷ V. SS.RR., settembre 1974, n. 161.

stessa natura e struttura ed individuando quale unica fonte obbligazionaria il rapporto di servizio ¹⁷⁸.

Ricondotte, quindi, sia la responsabilità amministrativa che quella contabile nell'alveo del debito di valore, è opportuno precisare una serie di punti anch'essi importanti e strettamente collegati alla individuazione della natura dell'obbligazione risarcitoria del funzionario.

Innanzitutto, premessa la natura di debito di valore di quest'ultima, la rivalutazione monetaria, che costituisce, appunto, quantificazione attuale del danno stesso, può essere applicata, e, conseguentemente, determinata anche d'ufficio dal giudice, prescindendo, quindi, dalla domanda attorea ¹⁷⁹.

A proposito di quest'ultima e dei tempi di presentazione, essa può essere avanzata anche in grado d'appello, sia in forma scritta che in quella orale ¹⁸⁰.

Tali aspetti processuali trovano la propria giustificazione nella funzione che la rivalutazione assume nell'ambito della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione e, quindi, da un punto di vista squisitamente processualistico, la richiesta presentata dal P.G. in grado d'appello, avrà natura di *emendatio* e non di *mutatio libelli* ¹⁸¹.

Appare evidente che tale impostazione giurisprudenziale non è sostenibile nell'ipotesi in cui si accogliesse l'orientamento minoritario, precedentemente illustrato.

Infatti, in questo caso la rivalutazione monetaria non troverebbe automatica applicazione, ma dovrebbe essere espressamente richiesta dall'attore, in primo grado e, più specificamente, nell'atto introduttivo del giudizio.

Da quanto detto consegue che l'eventuale richiesta in grado d'appello, per la prima volta, avanzata dal Procuratore Generale, costituirebbe *mutatio libelli*, in quanto vi sarebbe un *petitum* nuovo con conseguente inammissibilità della domanda, la quale andrebbe così, a violare il principio di difesa della controparte ¹⁸².

Per quanto riguarda, il "*dies a quo*" da cui calcolare la rivalutazione, la giurisprudenza lo fa risalire al momento dell'evento dannoso ¹⁸³; invece, con riguardo al "*dies ad quem*", è di tutta evidenza che esso coincida con il deposito della sentenza con la quale si liquida in concreto l'importo dovuto a titolo di rivalutazione ¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Cfr., a tal proposito S. VAGNONI, *Le responsabilità nelle amministrazioni statali e negli enti locali*, Milano 1991, 311 ss.; O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XVI, Padova 1997, 186 ss.; *contra*, E. MELE, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, cit., 187 ss.

¹⁷⁹ V. C. conti SS.RR. 6 marzo 1990, n. 654.

¹⁸⁰ V. C. conti SS.RR. 13 febbraio 1988, n. 569.

¹⁸¹ V. C. conti SS.RR. 10 aprile 1992, n. 760/A; SS.RR. 9 aprile 1990, n. 659.

¹⁸² V. C. conti SS.RR. 21 aprile 1989, n. 613/4.

¹⁸³ V. C. conti, sez. I, 30 luglio 1990, n. 163; SS.RR. 6 marzo 1990, n. 554; SS.RR., 19 ottobre 1989, n. 629; SS.RR., 13 febbraio 1988, n. 569.

¹⁸⁴ V. C. conti, sez. I, 30 aprile 1990, n. 84.

Una volta liquidato dal giudice in sentenza l'importo rivalutato del danno l'obbligazione si trasforma in debito di valuta, in quanto assume le vesti di obbligazione pecuniaria.

I parametri ai quali il giudice fa riferimento per calcolare la rivalutazione sono rappresentati dagli indici ISTAT, che indicano, anno per anno, la percentuale di svalutazione che grava sulla moneta nazionale.

Concretamente il calcolo va effettuato applicando alla somma, che quantifica il danno, gli indici ISTAT relativi agli anni o frazione di questi che intercorrono dall'evento dannoso sino alla decisione¹⁸⁵.

Un'ultima annotazione va operata a proposito dell'ipotesi in cui vi sia danno erariale indiretto (cioè danno liquidato dal giudice civile o a seguito di transazione). In questo caso la giurisprudenza ritiene che si sia in presenza di debito di valuta, in quanto l'obbligazione del responsabile dell'illecito amministrativo ha ad oggetto il pagamento all'amministrazione della somma di denaro che la P.A. ha, precedentemente, erogato a favore del danneggiato¹⁸⁶.

Ma tale impostazione non appare corretta, in quanto il titolo giuridico della responsabilità in parola rimane sempre il fatto sottostante da accertarsi da parte della Corte dei conti, mentre la transazione – così come ogni altra definizione civile della vicenda nei rapporti tra l'amministrazione ed il terzo danneggiato – può rilevare non per la qualificazione del fatto quale illecito amministrativo ma, al limite, quale riferimento eventuale per la quantificazione del danno, sempreché essa sia stata correttamente effettuata¹⁸⁷.

Gli interessi sono generalmente definiti frutti civili e consistono in prestazioni pecuniarie percentuali e periodiche dovute da chi utilizza un capitale altrui o ne ritarda il pagamento.

Essi possono essere originati da un atto di autonomia privata – e a tal proposito si parlerà di interessi convenzionali, il cui saggio, se superiore a quello legale, dovrà essere stabilito dalle parti per iscritto – o troveranno la propria fonte nella legge – dandosi luogo allora ad interessi legali il cui saggio è predeterminato dall'ordinamento nella misura del 5% annuo (art. 1284 comma 1° c.c.).

Relativamente alla funzione si hanno:

a) interessi corrispettivi (art. 1282 c.c.), che sono dovuti a titolo remunerativo sulle somme date a mutuo (interessi di capitale) e sulle somme liquide ed esigibili (interessi di pieno diritto);

b) interessi moratori (art. 1224 c.c.), che hanno funzione risarcitoria e si applicano in presenza di ritardo nel pagamento dei debiti di denaro;

c) interessi compensativi, i quali sono dovuti a titolo equitativo per compensare il debitore del mancato godimento del prezzo del bene già consegnato o del

¹⁸⁵ V. C. conti SS.RR. 14 gennaio 1992, n. 741.

¹⁸⁶ V. C. conti SS.RR. 5 febbraio 1992, n. 745.

¹⁸⁷ V. C. conti, sez. Basilicata, 24 luglio 1997, n. 191.

mancato godimento di somme risarcitorie o indennitarie che il debitore non paga in attesa di un atto formale di liquidazione.

Sono questi ultimi ad essere applicati dalla costante giurisprudenza della Corte dei conti in sede di giudizio per l'accertamento della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione.

Il motivo di tale scelta è evidente, in quanto gli interessi corrispettivi, come sopra evidenziato, vanno applicati a somme di denaro che costituiscono oggetto di rapporti obbligatori generati da fatti causativi (es. contratto di mutuo) ben differenti da quelli che danno origine a responsabilità.

Per quanto attiene, invece, agli interessi moratori essi svolgono sì funzione risarcitoria, ma in presenza di obbligazioni pecuniarie e presuppongono un ritardo nell'adempimento della prestazione.

Esposti i motivi che comportano la scelta del giudice contabile circa l'applicabilità degli interessi compensativi non può sottacersi la presenza di decisioni contrastanti, con tale indirizzo; infatti in recenti statuizioni¹⁸⁸ si è ritenuto di non dover applicare gli interessi legali in presenza di condanna alla rivalutazione monetaria.

La *ratio* che sorregge tale assunto va ricercata, da un lato, nella presunta funzione pienamente soddisfacente della rivalutazione e, dall'altro, nell'individuazione della natura risarcitoria negli interessi legali *de quibus*, i quali, a loro volta, non essendo ritenuti normali frutti del denaro, vengono a configurarsi come inutili doppioni della rivalutazione monetaria.

L'equivoco in cui è caduta questa parte minoritaria della giurisprudenza risiede nel non aver considerato che gli interessi compensativi concorrono a determinare la componente del complessivo danno risarcibile sotto il profilo del *lucrum cessans*, escludendo così una duplicazione degli effetti reintegrativi, tanto più se si tiene conto che la rivalutazione monetaria ha carattere meramente correttivo di un'espressione monetaria del danno emergente cristallizzato nel tempo¹⁸⁹.

In effetti tutto ciò serve a spiegare sia la natura degli interessi compensativi quali obbligazione pecuniaria accessoria rispetto a quella risarcitoria che è principale¹⁹⁰, sia la cumulabilità dei succitati interessi con la rivalutazione, sia la conseguente decorrenza degli stessi dall'evento dannoso¹⁹¹.

A tal proposito però è opportuno evidenziare, per quanto attiene al calcolo degli interessi che, per evitare un arricchimento ingiustificato per l'amministrazione, il conteggio va eseguito computando separatamente e poi sommando gli interessi legali maturati a fine di ciascun anno sulla somma rivalutata all'inizio di ciascun anno e così di seguito, includendo, infine, l'ammontare dei medesimi interessi relativi alla residuale frazione di anno.

¹⁸⁸ V. C. conti SS.RR. 5 febbraio 1990, n. 648; sez. II, 8 ottobre 1990, n. 334.

¹⁸⁹ V. C. conti SS.RR. 6 marzo 1990, n. 654.

¹⁹⁰ V. C. conti SS.RR. 13 febbraio 1990, n. 600.

¹⁹¹ V. C. conti SS.RR. n. 600/1990 cit.; SS.RR. 23 febbraio 1990, n. 653; SS.RR. 13 febbraio 1988, n. 69.

In questo caso si è fatto ricorso al principio degli interessi "a scalare"¹⁹².

È opportuno, a tal punto, richiamare un orientamento giurisprudenziale minoritario¹⁹³ in cui, pur riconoscendo natura di debito di valore all'obbligazione risarcitoria derivante da responsabilità del funzionario verso l'amministrazione, si qualificano moratori gli interessi dovuti sulle somme costituenti danno, in quanto il principio, per effetto del quale gli interessi sulle somme liquidate a titolo di risarcimento decorrono dalla data del verificarsi del danno, trova applicazione soltanto in tema di responsabilità extra-contrattuale, in cui opera la mora *ex re*¹⁹⁴.

Da ciò consegue che gli interessi decorrono dalla data di notificazione della domanda giudiziale, che svolge la funzione di rituale costituzione in mora.

La tesi in oggetto è in contrasto con l'orientamento prevalente in quanto qualifica moratori e non compensativi gli interessi dovuti sulle somme liquidate a titolo di danno per responsabilità del genere.

Per quanto attiene gli aspetti processuali anche per gli interessi valgono i principi posti per la rivalutazione e cioè il giudice potrà, anche d'ufficio, in qualsiasi grado di giudizio, liquidare gli stessi, a prescindere dalla domanda attorea¹⁹⁵.

Infine, a proposito del danno indiretto, avente anch'esso natura di debito di valore, anche gli interessi dovuti su somme erogate dall'amministrazione, a seguito di sentenza civile di condanna ovvero di transazione, fino alla decisione del giudice contabile hanno carattere corrispettivo¹⁹⁶, invece, quelli dovuti dalla sentenza della Corte dei conti fino al soddisfo hanno carattere moratorio.

Per quanto attiene al danno indiretto conseguente a transazione, gli interessi saranno dovuti, a titolo corrispettivo, dalla data della sentenza fino all'effettivo soddisfo del credito.

È da sottolineare che in ambedue le ipotesi non vi può essere cumulo degli interessi con la rivalutazione.

Nei casi in cui dalla medesima fattispecie dannosa siano derivati per l'amministrazione pubblica anche vantaggi economicamente valutabili, ci si è chiesti se fosse ammissibile nel processo contabile una loro considerazione, ai fini della quantificazione del pregiudizio effettivo.

La questione è stata superata dal legislatore che, con il d.l. n. 543/1996 conv. l. n. 639/1996, ha previsto espressamente che la Corte dei conti deve tener presenti i vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità ammini-

¹⁹² V. C. conti SS.RR. 24 luglio 1991, n. 722; SS.RR. n. 654/90 cit.; SS.RR. n. 741/92 cit.

¹⁹³ V. C. conti SS.RR. 4 luglio 1989, n. 621; 2 gennaio 1991, n. 693.

¹⁹⁴ V. C. conti SS.RR., 14 gennaio 1992, n. 741 cit.; SS.RR. 24 luglio 1991, n. 722; SS.RR 13 febbraio 1988, n. 569. *Contra* C. conti sez. Friuli V.G., 17 dicembre 1996, n. 440, secondo cui gli interessi *de quibus* avrebbero natura moratoria e va esclusa il concorso con la rivalutazione monetaria.

¹⁹⁵ V. C. conti SS.RR. 17 giugno 1991, n. 716.

¹⁹⁶ V. C. conti, sez. Basilicata, 24 luglio 1997, n. 191. *Contra* C. conti SS.RR. 5 febbraio 1992, n. 745/A, secondo cui in tali casi il debito originariamente di valore si converte in debito di valuta con la conseguenza della non cumulabilità tra rivalutazione o interessi.

strata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità.

Al proposito la giurisprudenza della Corte dei conti aveva adottato nel sistema precedente una posizione rigida, giudicando non rilevante il vantaggio ottenuto dall'amministrazione in concomitanza del pregiudizio sofferto, in quanto nessuna utilità poteva ipotizzarsi a seguito di un comportamento costituente illecito¹⁹⁷.

Tale soluzione non appariva invero equa, venendosi ad avvantaggiarsi l'amministrazione, in dispregio ai principi generali di diritto comune in tema di arricchimento senza causa.

Con la novella la giurisprudenza deve valutare se sia derivata utilità dall'illecito per l'amministrazione o per la comunità, quantificandola e confrontandola con il pregiudizio subito dalla stessa amministrazione.

La giurisprudenza contabile oscilla tra una considerazione per i vantaggi da atto illecito¹⁹⁸ e una loro irrilevanza¹⁹⁹.

Certamente si viola lo spirito e la lettera della novella, rendendola evanescente, se si sottraggono ad ogni valutazione i vantaggi derivanti dal compimento di un atto "contra legem", in quanto il presupposto della responsabilità *de qua* è proprio la commissione di un illecito.

Per determinare il vantaggio si devono applicare i parametri previsti dall'art. 2041 c.c., cioè va riconosciuta la minor somma tra l'*expensum* ed il *melioratum*, che poi va detratta dal danno astrattamente considerato²⁰⁰.

Non occorre nella specie eccezione del convenuto, incidendo la questione sul-

¹⁹⁷ V. C. conti, sez. I, 1984/14; C. conti, n. 1978/38, secondo cui in sede di accertamento dell'entità del danno per l'amministrazione, il giudice contabile è tenuto a raffrontare il pregiudizio in sé con l'eventuale incremento che ne sia derivato all'erario.

¹⁹⁸ V. C. conti, sez. III centr., 12 febbraio 1998, n. 34 est., «anche l'atto illegittimo, in quanto diretto ad eludere la legge, può comportare vantaggi per l'ente danneggiato, sicché il giudice contabile ne deve tener conto».

¹⁹⁹ V. C. conti SS.RR. 7 gennaio 1998, n. 1/A, secondo cui – richiamandosi al tradizionale indirizzo della Corte dei conti sul punto – in presenza di promozioni o di inquadramenti *contra legem* di personale (nella specie, sanitario in violazione dell'art. 64 d.P.R. n. 61/1979) deve escludersi qualsiasi maggiore *utilitas* delle prestazioni rese, «tanto più quando da essi nessun particolare beneficio derivò [...]».

²⁰⁰ In tal senso sostanzialmente, ancorché diversamente motivata, C. conti SS.RR. 18 dicembre 1996, n. 80/A, secondo cui «la valutazione dell'utilità che l'ente pubblico abbia tratto dall'attività lavorativa di un dipendente illecitamente assunto non va effettuata sulla base di un parametro meramente civilistico, poiché a differenza che nei rapporti tra privati, nei rapporti pubblicistici l'utilità gestoria, così come ogni attività amministrativa, deve essere valutata secondo i parametri fissati dalla legge a tutela di preminenti interessi pubblici quali sono apprezzati in primo luogo dallo stesso legislatore e rispetto ai quali sono recessivi gli altri interessi collettivi o privati che con essi interferiscono [...]. La valutazione del giudice dell'accertamento di un'*utilitas* per l'ente non si pone nei termini civilistici della *compensatio lucri cum damno*, che presuppone un conflitto tra interessi paritetici, ma secondo i principi propri del settore, dovendosi escludere che essa sorga *sic et simpliciter* dalla mera corresponsione di emolumenti ad un soggetto illecitamente assunto, dovendo questi ultimi, secondo i principi dell'ordinamento, essere comunque erogati».

la stessa determinazione del danno risarcibile che va effettuata d'ufficio dal giudice²⁰¹.

Comunque l'utilità *de qua* è da considerarsi tale se riconosciuta esplicitamente o implicitamente dalla stessa amministrazione con successivo atto volitivo o reale²⁰², senza che abbia comunque a tal fine rilievo il pagamento di somme dovute (per es. a titolo retributivo per prestazioni rese da soggetto illecitamente assunto)²⁰³.

Il pericolo latente nella soluzione adottata dal legislatore è nella irrilevanza del mancato rispetto delle procedure e dei limiti stabiliti dalla legge (con attenuazione del principio di legalità su cui non può non fondarsi lo Stato di diritto) e nella possibilità di rendere evanescente la funzione di programmazione (con connessi aspetti autorizzatori e di comparazione delle priorità pubbliche da soddisfare) esercitata dai competenti organi in sede di approvazione dei bilanci e degli altri documenti di pianificazione.

Vi deve essere poi coincidenza perfetta tra amministrazione danneggiata e amministrazione avvantaggiata.

Il vantaggio e il pregiudizio devono, inoltre, derivare direttamente dallo stesso fatto, per cui non vanno considerate le conseguenze favorevoli indirette o mediate²⁰⁴.

Il vantaggio *de quo* deve essere realizzato dalla stessa amministrazione danneggiata, secondo gli stessi criteri in tal sede evidenziati²⁰⁵.

Naturalmente i vantaggi devono essere "tali", ossia devono avere l'idoneità a sod-

²⁰¹ V. C. conti, sez. Emilia Romagna 19 novembre 1998, n. 12, secondo cui non incombe al P.M. di dare la prova negativa dell'insussistenza dei vantaggi dell'amministrazione o della Comunità amministrata, ma è il convenuto che deve dare prova positiva di tali vantaggi, anche se il giudice contabile ha il potere di accertarli d'ufficio. V. anche C. conti, sez. Campania, 13 ottobre 1997, n. 94 est. Martucci, secondo cui «il riconoscimento del vantaggio [...] postula che dagli atti di causa emerga comunque almeno un inizio di prova in merito, da valutare con prudente apprezzamento del giudice contabile». C. conti, sez. Veneto, 15 settembre 1997, n. 635, secondo cui «incombe al convenuto l'onere di dimostrare la sussistenza del fatto che si assume idoneo ad attivare il meccanismo compensativo».

²⁰² Giurisprudenza unanime: valga per tutti Cass. 28 giugno 1976, n. 2446; 28 ottobre 1997, n. 10576.

²⁰³ V. C. conti SS.RR. 18 dicembre 1996, n. 80/A.

²⁰⁴ V. Cass. 6 ottobre 1997, n. 9704; 18 ottobre 1977, n. 10576; C. conti, sez. III centr., 13 novembre 1997, n. 327; 10 giugno 1997, n. 170; sez. II centr., 6 ottobre 1997, n. 164; SS.RR. 6 giugno 1997, n. 54.

²⁰⁵ V. C. conti, sez. Lazio, 19 marzo 1997, n. 23, secondo cui «la valutazione dei vantaggi comunque conseguiti non può essere limitata alla diretta incisione del presunto danno sul patrimonio del singolo ente, ma va effettuata in riferimento alla finanza pubblica allargata» (nella specie si è esclusa la responsabilità di alcuni amministratori comunali per aver consentito l'utilizzazione di una propria dipendente maestra d'asilo presso la scuola gestita da altro comune, restando peraltro i relativi oneri a carico dell'ente di provenienza). Questa sentenza è discutibile, in quanto si richiama ad una nozione non giuridica quale la finanza pubblica allargata e non tiene conto che nella specie i due enti non sono assolutamente collegati in un qualche plesso anche funzionale, che potrebbe giustificare l'irrilevanza del danno dell'uno con riferimento all'arricchimento dell'altro.

disfare effettivi bisogni dell'ente o della comunità ovvero realizzare almeno le finalità istituzionali dell'ente stesso, nonché effettivi e non meramente eventuali²⁰⁶.

Per quanto infine riguarda il vantaggio della comunità, occorrono alcune precisazioni ulteriori.

In primo luogo, una siffatta considerazione può avvenire solo per danni relativi a enti territoriali e ai loro enti direttamente strumentali, con esclusione di quelli prettamente istituzionali, in quanto essi solamente possono essere ritenuti essenziali della comunità rappresentata.

Inoltre, la comunità da prendere in considerazione è quella specifica rappresentata dall'ente territoriale danneggiato.

Ancora, il vantaggio della comunità va determinato globalmente con riferimento anche alle concomitanti prevedibili conseguenze negative che derivano comunque dall'illecito.

Infine, dovrà farsi largo uso della valutazione equitativa stante l'evidente difficoltà di quantificare un vantaggio del genere.

Unanimamente, poi, la giurisprudenza negava già precedentemente²⁰⁷ e, per vero, continua a negare²⁰⁸ qualunque considerazione dell'arricchimento *de quo*, laddove la spesa non è assolutamente consentita, in quanto la dannosità "*in re ipsa*" impedirebbe ogni ipotesi di valorizzazione dell'utilità eventualmente conseguita ed ogni forma di legittimazione sia pure indiretta di un provvedimento espressamente vietato dalla legge²⁰⁹.

²⁰⁶ V. C. conti, sez. Campania, 8 luglio 1997, n. 71, secondo cui il vantaggio *de quo* «non può essere valutato con riferimento ad ipotetici risparmi, rimanendo ancorato all'arricchimento reale e concreto conseguito dalla P.A.».

²⁰⁷ V. C. conti, n. 1982/68.

²⁰⁸ V. C. conti, sez. Calabria, 31 ottobre 1997, n. 44.

²⁰⁹ Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1968, 734. In questo quadro giurisprudenziale, che appare preoccupato di rendere evanescente l'effettività della giurisdizione contabile e della deterrenza conseguente, non è semplice tentare una ricostruzione sistematica, alla luce dei principi generali di diritto comune, pur adattandoli alle esigenze proprie di questo particolare settore.

Ciò che appare indiscutibile che sussiste, insito nell'ordinamento giuridico, un principio generale che impedisce un indebito arricchimento di un soggetto a danno di un altro, disponendo forme di riequilibrio delle contrapposte posizioni, secondo l'antico brocardo "*natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*". Una delle applicazioni di esso è l'istituto dell'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2041 del codice civile. Essa è generale, avendo un campo di applicazione indeterminato ed ha funzione sussidiaria, nel senso che spetta solo quando manca uno specifico mezzo di tutela. Con essa si mira a limitare per quanto possibile il verificarsi di un impoverimento, equamente sottraendo il corrispondente vantaggio a chi comunque lo ha conseguito senza causa, che deve indennizzare – e non certo risarcire – l'altro della minor somma tra l'*expensum et melioratum*. Non ha rilievo che l'attività da cui sia derivato impoverimento sia stata prestata nonostante il divieto dell'involontario arricchito (Cass. 14 settembre 1965, n. 2004).

Infine, quanto l'arricchito sia un ente pubblico, la giurisprudenza richiede un ulteriore requisito costituito dal riconoscimento sia pure implicito da parte dell'ente dell'effettiva utilità della prestazione altrui. Dall'*excursus* dell'istituto se ne ricava che la pubblica amministrazione non può mai

In alternativa a quello per equivalente in danaro è ammissibile il risarcimento in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile, ai sensi dell'art. 2058 c.c.

È ormai acquisito alla giurisprudenza civile che tale disposizione sia espressione di un principio fondamentale, che trova applicazione anche in materia di responsabilità contrattuale²¹⁰.

Esso ora opera anche in materia di servizi pubblici e gestione del territorio innanzi al giudice amministrativo, che del potere di condannare al risarcimento di danni era stato finora privo (art. 35, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80).

Le modalità di attuazione del risarcimento in forma specifica si ritiene possano essere molteplici, potendo consistere nella prestazione di cosa uguale a quella (fungibile) distrutta, nella riparazione materiale delle avarie cagionate alla cosa stessa in modo da restituirla nella condizione anteriore²¹¹, nel rifacimento di quanto illecitamente disfatto, nell'eliminazione di quanto illecitamente fatto²¹², nell'esecuzione a spese dell'obbligato, autore del danno, delle opere necessarie a ricondurre la cosa nello stato primitivo²¹³.

Il risarcimento in forma specifica ha una funzione ambivalente, essendo finalizzato oltre che alla repressione, alla prevenzione del danno.

In tale funzione preventiva è compreso l'ordine di cessazione del fatto abusivo, di continuazione del comportamento dannoso.

Il risarcimento in forma specifica può essere richiesto dall'ente danneggiato – e per esso dal Procuratore Regionale, che ne cura gli interessi nella vicenda – al quale soltanto spetta il diritto di scegliere tra le due diverse forme di riparazione del danno²¹⁴.

Il giudice è però abilitato a disporre d'ufficio, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ancorché il danneggiato abbia chiesto la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento per equivalente, che è da considerarsi un *minus* rispetto al primo²¹⁵.

Per lo stesso motivo in appello può essere chiesto dal P.M. contabile un risarcimento per equivalente, dopo che in primo grado si sia chiesta invece la reinte-

sottrarsi dall'obbligo di indennizzo *de quo*, ancorché si tratti di una spesa vietata dalla legge o adottata con procedure illegittime, sempreché ne abbia riconosciuta l'utilità esplicitamente con un atto volitivo o implicitamente con l'utilizzazione. Naturalmente non è rilevante, per evidente incompatibilità, un riconoscimento di utilità effettuato direttamente o indirettamente dall'autore del comportamento vietato, ove sia inserito nella pubblica amministrazione danneggiata. Per il carattere della esclusività della giurisdizione contabile, la relativa eccezione può ben essere conosciuta dal giudice contabile, in sede di determinazione del danno, da cui deve essere quindi scomputata – ove ne sussistano gli estremi – la minor somma tra il beneficio ricevuto e l'impovertimento del danneggiante.

²¹⁰ V. Cass. 3 ottobre 1972, n. 2483.

²¹¹ V. Cass. 18 aprile 1969, n. 1253.

²¹² V. Cass. 6 gennaio 1978, n. 39.

²¹³ V. Cass. 3 agosto 1960, n. 2269.

²¹⁴ V. Cass. 27 agosto 1961, n. 1838.

²¹⁵ V. Cass. 25 novembre 1983, n. 7080.

grazione, trattandosi appunto di riduzione della domanda²¹⁶; evidentemente è impossibile una situazione contraria²¹⁷.

L'ammissibilità nel giudizio su citazione del P.M. di una tale forma risarcitoria viene generalmente ignorata da dottrina e giurisprudenza, ma rappresenta un modo spesso più "effettivo" di soddisfare gli interessi dell'ente danneggiato.

La condanna del convenuto riguarda essenzialmente due aspetti complementari, ma parzialmente indipendenti l'uno dall'altro, cioè l'*an debeatur* ed il *quantum debeatur*.

L'affermazione della responsabilità del convenuto (*an debeatur*) discende dall'accertamento del configurarsi di un illecito finanziario-contabile, mentre la risarcibilità (*quantum debeatur*) riguarda, invece, le conseguenze patrimoniali dell'illecito, cioè il contenuto della connessa obbligazione risarcitoria.

Pertanto, in certi limiti è possibile una scissione dei due aspetti.

Ciò può avvenire, in primo luogo, attraverso il sistema della domanda già in origine diretta al mero accertamento positivo o negativo della responsabilità.

In secondo luogo, può derivare dall'istituto della condanna generica (art. 278 c.c.), ove l'attore – dopo aver chiesto originariamente la condanna con contestuale liquidazione – limiti successivamente in via immediata la sua pretesa alla definizione dell'esistenza del suo diritto alla prestazione, rinviando l'altro aspetto.

Tale ultimo frazionamento, pur essendo contrario ai principi di concentrazione e di economia processuale, trova la sua *ratio* nell'esigenza di evitare che l'indagine, spesso lunga e costosa, sull'entità del danno possa essere frustrata dall'eventuale disconoscimento del diritto.

Pertanto, viene rimessa ad una valutazione di opportunità dell'attore, che è la parte interessata, la scelta tra una pronuncia che definisca contestualmente ogni motivo di contrasto tra le parti ed una condanna generica alla prestazione, che rinvii la liquidazione del danno in separata sede, sempreché il convenuto non si opponga a questa specifica istanza dell'attore (circostanza questa desumibile dalla contumacia di questi²¹⁸).

A questo punto sono ipotizzabili due varianti procedurali, l'una che si disponga il rinvio ad una successiva fase dello stesso giudizio e l'altra che lo si disponga in separato successivo giudizio.

Nel rito contabile, in cui il giudice risulta per certi versi ancora "interessato" alla definizione della vicenda ed in cui il P.M. attore non ha la disponibilità del correlato diritto di credito, trova più facile ingresso la prima variante.

In tal caso il collegio può pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione; il che fa ritenere che il giudizio sia sempre lo stesso.

²¹⁶ V. Cass. 4 marzo 1983, n. 1636.

²¹⁷ V. Cass. 18 maggio 1978, n. 2401.

²¹⁸ V. Cass. 11 febbraio 1977, n. 611.

La decisione *de qua* ha, quindi, carattere di sentenza non definitiva e l'ordinanza provvede anche alle incombenze istruttorie.

Non sembra però da escludersi che nel giudizio contabile possa parimenti essere applicata anche l'altra ipotesi di sentenza definitiva²¹⁹ contenente una condanna generica, con rinvio a separato giudizio per la liquidazione. Nel qual caso la domanda del P.M. è senz'altro il presupposto della sentenza non definitiva di condanna generica²²⁰.

L'indagine sull'*an debatur* differisce da quella sul *quantum debeatur*, poiché, nel primo caso, non è necessario, per l'accoglimento della domanda, la dimostrazione dell'effettiva esistenza di un danno, ma è sufficiente che il fatto accertato sia potenzialmente produttivo di danno, mentre nella seconda ipotesi il giudice deve anche estendere il proprio accertamento all'effettiva esistenza ed alla misura del danno risarcibile in concreto²²¹.

A dimostrare l'esistenza di un danno, almeno sotto l'aspetto potenziale, è sufficiente la prova della violazione di propri doveri da parte del convenuto²²², in quanto si verte in tema di responsabilità contrattuale.

Anche se la sentenza di condanna generica al risarcimento dei danni può essere emessa sulla base dell'astratta potenzialità dannosa del fatto illecito – onde, in sede di liquidazione, ben può il giudice escludere l'esistenza, in concreto, di qualsiasi danno – nulla esclude, tuttavia, che il giudice, cui è stata chiesta la condanna generica, accerti con efficacia di giudicato la sussistenza del danno nella sua concreta realtà e dimensione, in guisa da lasciare impregiudicate le sole questioni attinenti alla liquidazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento.

Allorché il giudice contabile pronunci una condanna generica, con la stessa sentenza e sempre su istanza del Pubblico Ministero, può altresì condannare il convenuto al pagamento di una provvisionale, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova.

La concessione della provvisionale è rimessa al potere discrezionale del giudice, il quale, valutate le circostanze, decide facendo uso di un potere di carattere discrezionale²²³.

Naturalmente presupposto logico necessario per tale provvisionale è che il giudice ritenga già raggiunta la prova concreta della sussistenza del debito almeno nei limiti della quantità per cui la medesima è concessa. Ne consegue che, formatosi il giudicato su tale presupposto logico giuridico, ogni ulteriore questio-

²¹⁹ V. Cass. 19 gennaio 1977, n. 258.

²²⁰ V. Cass. civ., 3 dicembre 1997, n. 12261, secondo cui in mancanza dell'iniziativa processuale di parte attrice, il giudice non può pronunciare una condanna generica al risarcimento con rinvio della liquidazione a successivo giudizio.

²²¹ V. Cass. 19 ottobre 1961, n. 2245.

²²² V. Cass. 6 aprile 1961, n. 719.

²²³ V. Cass. 2 maggio 1963, n. 756.

ne sull'effettiva esistenza dei danni valutabili entro detti limiti resta definitivamente preclusa²²⁴.

Infatti, la provvisoria non ha assolutamente carattere cautelare e provvisorio, condannando il giudice nei limiti soltanto della quantità già comprovata, di modo che, ove la sentenza non venga su tal punto impugnata, la condanna fa stato ad ogni effetto tra le parti²²⁵.

Avverso la condanna generica della controparte senza la concessione della richiesta provvisoria, non è ammissibile un appello del P.M., in quanto essa rientra nel potere discrezionale insindacabile del giudice²²⁶.

Uno degli aspetti più caratteristici della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione è sempre rappresentato dall'istituto del potere riduttivo dell'addebito che consente al giudice contabile di delimitare il risarcimento a favore dell'ente ad una quota soltanto del suo importo.

La facoltà della Corte dei conti di porre a carico degli "ufficiali pubblici", responsabili di un danno erariale, "una parte o tutto il valore perduto" era prevista già nella legge di contabilità di Stato del 1869. La norma è stata poi riprodotta nella successiva legge di contabilità del 1923 nel disposto di cui all'art. 83, che dispone: «la Corte dei conti [...] valutate le singole responsabilità può porre a carico dei responsabili tutto o una parte del danno arretrato o del valore perduto»; tale formula è stata poi testualmente trascritta nell'art. 52 del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti del 1934.

Per lungo tempo l'uso del potere riduttivo è stato sostanzialmente immotivato in quanto ritenuto un potere meramente discrezionale.

Ci si limitava a sostenere, infatti, che «il potere di non condannare per l'intero danno, pur non costituendo l'espressione di una facoltà di grazia "*ad libitum*", inconciliabile con i principi della certezza del diritto e di giustizia sostanziale, rappresentava, tuttavia, lo strumento per rendere equa la condanna ogni qual volta tra l'entità del danno e la misura della riprovevolezza del comportamento colposo non vi era proporzione»²²⁷.

Successivamente la giurisprudenza ha cercato di rintracciare la causa giuridica di un tale istituto sostenendo le tesi più disparate: da quelle dei più antichi commentatori che parlavano di facoltà arbitrale o che, più correttamente si riallacciavano al potere discrezionale del giudice, sino alla tesi della parziale rinuncia al credito²²⁸.

In base a tale ultima concezione dell'essenza e della portata dell'istituto, ancora in tempi relativamente recenti sostenuta in qualche decisione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti²²⁹, il c.d. potere riduttivo dell'addebito costituisce

²²⁴ V. Cass. 25 maggio 1956, n. 1551.

²²⁵ V. Cass. 6 febbraio 1952, n. 285.

²²⁶ V. Cass. 10 giugno 1977, n. 2420.

²²⁷ V. C. conti, sez. I, 12 ottobre 1972, n. 88.

²²⁸ Cfr. O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, 8.

²²⁹ V. C. conti SS.RR. 3 giugno 1980, n. 237.

una sorta di parziale rinuncia al credito derivante dalla valutazione del giudice contabile e non del creditore, nella quale debbono essere presi in considerazione non soltanto gli elementi estranei all'attività dell'agente, ma anche ogni circostanza di fatto che, secondo il prudente apprezzamento del giudice può indurre ad una motivata meno rigorosa valutazione della responsabilità e che vanno individuate nella situazione obiettiva nella quale il responsabile è stato costretto ad operare o nella situazione soggettiva concernente l'attività sia del danneggiato che del responsabile medesimo.

Tale concezione della natura del potere riduttivo è stata, però, disattesa dalla Corte dei conti in successive pronunce nelle quali si afferma che tale potere non può essere configurato come una parziale rinuncia al credito connessa al prudente apprezzamento del giudice contabile, posto che tale facoltà, in un rapporto di contenuto patrimoniale, non può che competere al soggetto titolare del diritto e comunque non può neppure spettare alla stessa P.A. cui non sono consentiti atti di liberalità²³⁰.

Ciò premesso, nella giurisprudenza più recente della Corte dei conti si sono formati due indirizzi contrapposti: con il primo tale potere viene ancorato ad una concorrente responsabilità dell'amministrazione (art. 1227 c.c.) sotto il profilo della carenza del modulo organizzatorio e delle omissioni o carenze nelle attività di vigilanza e controllo, mentre con il secondo se ne asserisce il carattere completamente autonomo.

In conformità del primo orientamento si afferma, più in particolare, che il c.d. potere riduttivo va configurato come «il potere di stabilire se ed in quale misura il danno erariale debba essere riferito al comportamento colposo del soggetto tenuto conto non solo del suo stato psicologico, ma anche delle circostanze in cui egli ebbe ad operare. Tali circostanze sono costituite dal modulo organizzatorio della P.A., dall'adombrato concorso di colpa della medesima e dal rischio cui è esposto chi opera nella sfera di un ente pubblico, considerata la quota di colpa attribuibile alla P.A. in conseguenza di una eventuale disfunzione del servizio non attribuibile a persone fisiche individuabili, che abbia costituito causa e occasione del verificarsi del danno»²³¹.

Anche questa concezione dell'essenza e della portata del potere riduttivo della Corte dei conti è stata nettamente disattesa dalla più recente giurisprudenza sul

²³⁰ V. C. conti, sez. II, 18 gennaio 1974, n. 1; SS.RR. 6 settembre 1983, n. 345/A. In dottrina A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli 1990, 801.

²³¹ Cfr. Corte conti SS.RR. 27 settembre 1976, n. 177; nello stesso senso, sez. II, 22 dicembre 1975; SS.RR. 30 marzo 1981, n. 273; SS.RR. 13 marzo 1974, n. 160, ove si precisa che «il principio del concorso di colpa va naturalmente applicato nel rapporto pubblico con gli adattamenti resi necessari dal carattere impersonale dell'organizzazione amministrativa, onde si concreta in una deficienza o maiechevolezza del modulo organizzativo obiettivamente riscontrabile, che abbia impedito all'agente di svolgere in modo efficiente e regolare i propri compiti». In dottrina sostanzialmente conformi A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit.; R. COLTELLI, *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, cit.

presupposto che la predetta soluzione si ispira in gran parte alla normativa civilistica, sia sostanziale che processuale, mentre l'istituto, più correttamente, va inquadrato nella normativa che disciplina i rapporti tra l'ente pubblico, da un lato, e gli eventuali responsabili, dall'altro.

Una tale diversità esclude, dunque, che norme di natura civilistica trovino integrale applicazione in materia contabile o che, quanto meno, la condizionino.

Oltre alla diversa disciplina del rapporto, si oppone la diversa nozione di danno, il cui ammontare in un caso è certo o facilmente accertabile, mentre nell'altro, in quanto legato ad un interesse pubblico violato, spesso non è facilmente accertabile e, talvolta, privo di valore economico.

Alla diversità delle norme sostanziali applicabili nell'una e nell'altra materia è da aggiungere la diversa natura del giudizio civile da quello contabile, dominato il primo dall'impulso di parte e il secondo da quello del giudice, sì che esso, sotto tale profilo, pur se formalmente retto dalle norme che disciplinano il processo civile, segue sostanzialmente l'*iter* del processo penale²³².

Ne consegue che, nell'applicazione dell'istituto in esame, restano estranee le norme civilistiche quali ad es. l'art. 1227 c.c., che subordina la riduzione del risarcimento al fatto colposo del creditore, laddove alla riduzione dell'addebito possono contribuire fattori eterogenei, anche estranei all'attività dell'ente pubblico, quali l'ambiente e le particolari condizioni nelle quali il soggetto responsabile è costretto ad operare²³³.

Si è, invece, in presenza di un potere autonomo concesso dalla legge al giudice contabile che non trova riscontro nel campo civilistico.

Dopo aver accertato l'entità del danno, il giudice, nell'esercizio di tale potere, esamina e valuta il comportamento del soggetto responsabile in relazione alle condizioni e circostanze nelle quali egli ha agito, nonché il grado di influenza che tale comportamento ha avuto nella produzione dell'evento.

La valutazione di altri elementi che vi concorsero (i più vari e non solo il concorso di colpa dell'ente creditore) non ha carattere autonomo, ma è in funzione della valutazione del comportamento del soggetto.

Si tratta, in sostanza, di un potere discrezionale ed elastico del giudice contabile, non dissimile da quello concesso dal legislatore al giudice penale con gli artt. 132 e 133 c.p., che va comunque esercitato con prudenza sì che non si trasformi in arbitrio²³⁴.

²³² V. C. conti SS.RR. 6 settembre 1983, n. 345.

²³³ Per un precedente remoto cfr. C. conti SS.RR. 4 agosto 1958, n. 62: «Il potere attribuito alla Corte dei conti [...] si configura come una facoltà di diritto singolare, in quanto si discosta dai criteri con cui è regolata normalmente la responsabilità contrattuale, ed ampiamente discrezionale, infatti non incontra alcun limite all'infuori di quello della valutazione della responsabilità da effettuarsi in base a molteplici e vari elementi».

²³⁴ V. C. conti SS.RR. 6 settembre 1983, n. 345 cit.; sez. II, 11 marzo 1976, n. 17; SS.RR. 28 gennaio 1982, n. 296; SS.RR. 22 dicembre 1987, n. 563/A; sez. I, 23 gennaio 1989, n. 13; sez. I, 6 marzo

Tuttavia, se il potere riduttivo non trova fondamento nell'applicazione dell'art.1227 c.c., il principio che tale disposizione esprime (c.d. principio di autoresponsabilità della P.A.) «può essere, invece, invocato e può essere rilevante in una fase antecedente all'applicazione di tale potere; e cioè nella fase dell'individuazione del *quantum* di danno attribuibile al dipendente convenuto, in relazione al manifestarsi di un concorso di colpa da parte dell'Amministrazione e quindi in sede di definizione dell'apporto causale come fonte autonoma generatrice di danno derivante appunto da disfunzioni organizzative della P.A.»²³⁵.

Tale impostazione è stata ribadita e precisata con ampie e specifiche motivazioni dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti²³⁶ che hanno opportunamente osservato come la confusione del potere di riduzione dell'addebito con la pronuncia sul concorso di colpa del creditore ha comportato nella giurisprudenza un mancato approfondimento delle tematiche proprie dell'accertamento del concorso di colpa che, invece, costituisce una fase necessaria e obbligatoria del giudizio di responsabilità per danno erariale e che dà luogo ad una pronuncia di diritto²³⁷.

La stessa dottrina e la giurisprudenza del diritto civile hanno, oltretutto, già da tempo chiarito che «ferma restando la responsabilità dell'autore di una concausa per l'evento dannoso e quindi per i danni immediati e diretti da esso evento derivati (es. irrilevanza delle concause), ove ricorra tra le concause il fatto colposo del danneggiato, questa concausa non si parifica alle altre nel regime della irrilevanza, ma determina una riduzione del risarcimento in proporzione della sua efficacia causale, a prescindere da ogni giudizio di responsabilità»²³⁸.

In adesione a tale indirizzo, dunque, le carenze e le manchevolezze del modulo organizzatorio riferibili, in senso lato, alla P.A., devono essere valutate in una fase anteriore a quella in cui viene esercitata la valutazione equitativa dell'addebito²³⁹.

Ne consegue che l'esercizio del potere riduttivo si configura come un momento successivo rispetto a quello della determinazione del danno subito dall'Amministrazione.

Ed anche allorquando venga presa in esame la sussistenza di obiettivi presupposti di ordine ambientale od organizzatorio (come ad esempio l'insufficienza del

1990, n. 35; sez. I, 26 novembre 1990, n. 244. In dottrina cfr. O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, cit., 8.

²³⁵ V. C. conti SS.RR. 18 giugno 1985, n. 425/A.

²³⁶ V. C. conti SS.RR. 19 aprile 1990, n. 662/A.

²³⁷ Come è stato opportunamente osservato nelle ipotesi di danno erariale ed indiretto «non sono rari i casi in cui la lesione del diritto del terzo comporta per l'Amministrazione l'esborso di somme di gran lunga maggiorate rispetto all'*id quod interest* vantato dal terzo; e ciò in dipendenza di atteggiamenti di negligente inerzia scarsamente responsabili o eccessivamente garantistici e litigiosi della stessa P.A.» (C. conti SS.RR. 19 aprile 1990, n. 662A cit.).

²³⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 406. In giurisprudenza Cass. sez. II, 6 giugno 1981, n. 3656; ID. sez. II, 10 dicembre 1986, n. 7319.

²³⁹ V. C. conti SS.RR. 18 giugno 1985, n. 425.

personale in ufficio e la mole del lavoro svolto) occorre precisare necessariamente, da un lato, che ci si trova al di fuori delle ipotesi in cui l'organizzazione e l'attività amministrativa hanno costituito fatto idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra il comportamento del soggetto e l'evento dannoso per l'erario²⁴⁰ e, dall'altro, che la considerazione di tali elementi e, quindi, del concorso di colpa dell'ente creditore non ha carattere autonomo, ma è sempre in funzione della valutazione del comportamento del soggetto²⁴¹.

Orbene conclusivamente – secondo la nostra opinione – l'istituto del potere riduttivo, riconosciuto dall'art. 52 del R.D. n. 1214/1934, trova il suo fondamento nel rischio di cui si deve istituzionalmente far carico l'amministrazione pubblica in ordine ad aspetti organizzativi generali e/o specifici, non ricollegabili a comportamenti illeciti concorrenti dei vari livelli sovrapposti della sua struttura, che pongano il soggetto legato ad essa da rapporto di servizio in una situazione di maggiore probabilità di determinare una situazione dannosa.

Ciò può derivare o da una situazione oggettiva di disservizio organizzativo non imputabile ad altri soggetti responsabili – in quanto se la situazione fosse stata determinata da altri soggetti si realizzerebbe un concorso più o meno pregnante con altri – o da necessità organizzative imprescindibili. Le condizioni soggettive – quali i precedenti di servizio, l'inesperienza nel settore, la c.d. buona fede, ecc. – in sé non rilevano ai fini *de quibus*, salvo che non ridondino a sintomi di disservizio organizzativo. Infatti, se esse avessero un rilievo autonomo, si porrebbero in contrasto con l'elemento psicologico dell'illecito gestorio, escludendolo totalmente o attenuandolo con esclusione della colpa grave.

Al di là delle motivazioni sulle quali la Corte dei conti ha fondato l'uso della facoltà in questione, ciò che maggiormente rileva è la valutazione delle circostanze che determinano l'intervento moderatore del giudice.

La giurisprudenza ha creduto, infatti, di poter individuare una serie di elementi e di circostanze, inerenti specialmente alla condotta del responsabile e all'ambiente in cui esso ha operato, che possono guidare il giudice nel moderare equitativamente l'addebito ai fini di una pronuncia di sostanziale giustizia.

A ben vedere, però, il lodevole sforzo giurisprudenziale, pur consentendo l'adozione di innumerevoli pronunce "giuste" nel caso concreto, non ha contribuito a chiarire la portata di questo potere equitativo e soprattutto ad accertare con un grado di accettabile sicurezza i criteri di applicazione²⁴².

²⁴⁰ V. C. conti SS.RR. 20 settembre 1988, n. 591/A; sez. I, 9 luglio 1988, n. 111; sez. I, 19 aprile 1991, n. 151: «La disattenzione di un operaio, rimasto folgorato mentre lavorava in posizione elevata in prossimità di parti elettriche attua un concorso di colpa che, pur non interrompendo il nesso di causalità tra omissione delle misure di sicurezza ed evento, consente al giudice di far uso del potere riduttivo dell'addebito nei confronti dei convenuti riconosciuti colpevoli per non aver adottato le prescritte misure di sicurezza».

²⁴¹ V. C. conti SS.RR. 6 giugno 1983, n. 345.

²⁴² V. C. conti SS.RR. 19 aprile 1990, n. 662A cit.: «La casistica giurisprudenziale ha creato in ogni modo di tipizzare singole circostanze personali, di tempo e di luogo ai fini di escludere dalla

Tali circostanze possono sostanzialmente distinguersi in oggettive, che riflettono la situazione nella quale il responsabile è stato costretto ad operare, e soggettive, che attengono all'attività sia di un terzo che del responsabile medesimo.

Per quanto concerne le circostanze soggettive, il potere riduttivo dell'addebito implica un giudizio valutativo delle singole responsabilità, nel senso di una valutazione e graduazione delle responsabilità sulla base della valutazione della colpevolezza e cioè dell'intensità del dolo e della colpa (misurata, quest'ultima, con riferimento alle attribuzioni dell'ufficio).

Sotto questo profilo assumono particolare rilievo le ipotesi di conformità del comportamento del dipendente ad una prassi consolidata²⁴³, gli ottimi precedenti di carriera²⁴⁴, la prontezza e il lodevole comportamento tenuti dopo l'evento dannoso per ridurne la portata²⁴⁵, la giovane età dell'autore del danno²⁴⁶, le particolari condizioni personali,²⁴⁷ le condizioni economiche dei responsabili²⁴⁸, il fatto colposo di un altro soggetto non coinvolto in giudizio²⁴⁹, la mancanza, infine, di esperienza professionale²⁵⁰.

Per quanto concerne, invece, le circostanze oggettive sono da ricordare, oltre che genericamente tutte le circostanze di tempo e di luogo²⁵¹, le difficoltà che ineriscono all'esercizio delle funzioni o di qualsiasi altra attività²⁵², la rilevante mole e la complessità del lavoro²⁵³, l'insufficienza numerica e l'impreparazione professionale del personale²⁵⁴, l'urgenza del servizio²⁵⁵, l'entrata in vigore di una nuova disciplina giuridica della materia trattata²⁵⁶, l'eccessiva gravosità dei compiti disimpegnati²⁵⁷, la deficienza del modulo organizzativo²⁵⁸, la

facoltà equitativa ogni arbitrarietà e cerebrinità; bisogna però riconoscere che i risultati non sono stati sempre soddisfacenti visto che, ad esempio, con l'accenno ricorrente alle carenze dei moduli organizzatori della P.A. si finisce inconsapevolmente con l'includere nel potere riduttivo la valutazione del concorso di colpa della stessa».

²⁴³ V. C. conti SS.RR. 12 giugno 1985, n. 423 cit.

²⁴⁴ V. C. conti SS.RR. 2 settembre 1969, n. 97.

²⁴⁵ V. C. conti, sez. I, 18 aprile 1989, n. 152; sez. Puglia 19 febbraio 1992, n. 1.

²⁴⁶ V. C. conti, sez. I, 2 aprile 1990, n. 63.

²⁴⁷ V. C. conti, SS.RR. 14 dicembre 1988, n. 595.

²⁴⁸ V. C. conti, SS.RR. 19 aprile 1990, n. 662A cit.

²⁴⁹ V. C. conti, sez. I, 8 marzo 1989, n. 95.

²⁵⁰ V. C. conti, sez. I, 26 novembre 90, n. 244.

²⁵¹ V. C. conti, sez. I, 2 aprile 1990, n. 63.

²⁵² V. C. conti, sez. II, 13 marzo 1990, n. 80.

²⁵³ V. C. conti, sez. II, 13 marzo 1990, n. 80 cit.

²⁵⁴ V. C. conti, SS.RR. 20 settembre 1988, n. 591 cit.

²⁵⁵ V. C. conti, SS.RR. 20 luglio 1959, n. 70.

²⁵⁶ V. C. conti, sez. Sardegna, 17 luglio 1990, n. 625R.

²⁵⁷ V. C. conti, SS.RR. 11 maggio 1982, n. 302A.

disorganizzazione dell'ufficio ove il dipendente prestava servizio²⁵⁹, le particolari astuzie adoperate nell'utilizzo di mezzi fraudolenti²⁶⁰, i comportamenti condizionati da sollecitazioni sindacali²⁶¹, ecc.

In ordine alle circostanze oggettive, la più moderna dottrina, seguita dalla giurisprudenza, ha posto in luce che il potere di cui trattasi, conferito al giudice contabile, può trovare fondamento, non nel principio di equità, ma in un principio di rischio, e cioè nella necessità giuridica di far permanere a carico della P.A. il peso economico-finanziario di eventi lesivi derivanti da fatti organizzativi autonomi e da fatti oggettivi condizionanti le attività dalle quali sia derivata la lesione con conseguenze patrimoniali²⁶².

Più in particolare, ai fini dell'esercizio del potere riduttivo dell'addebito vanno considerati anche quegli elementi oggettivi direttamente legati allo svolgimento di attività potenzialmente di danno e propri di alcuni settori di azione dei pubblici poteri nei quali «l'entità delle conseguenze lesive costituisce variabile indipendente rispetto al comportamento tenuto e che si sostanzia nella cura di interessi collettivi essenziali»²⁶³.

Anche le Sezioni Riunite della Corte dei conti hanno avuto modo di ribadire che è necessario valutare, in ogni singola fattispecie, quell'aliquota di rischio immanente in ogni fatto organizzatorio che non è possibile quantificare in termini puramente giuridici, ma che deve essere colta con apprezzamento equitativo, perché riflette, in definitiva, la particolare posizione del dipendente nell'ambito della organizzazione.

È evidente, allora, che il potere riduttivo ha anch'esso un fondamento di diritto pubblico perché, esercitandolo, si rende l'addebito proporzionale ed adeguato all'alea di sacrificio e di svantaggio che l'appartenenza alla complessa organizzazione amministrativa e l'operare in essa comporta nel tempo²⁶⁴.

Da quanto detto finora, emerge che la riduzione dell'addebito non sia esercizio di un potere meramente discrezionale, ma si fondi sulla valutazione delle singole responsabilità sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, con

²⁵⁸ V. C. conti, SS.RR. 20 settembre 1988, n. 591A; SS.RR. 5 aprile 1990, n. 657; *contra* SS.RR. 19 aprile 1990, n. 162 cit.

²⁵⁹ V. C. conti, sez. II, 17 aprile 1991, n. 170.

²⁶⁰ V. C. conti, sez. II, 17 luglio 1989, n. 95.

²⁶¹ V. C. conti, sez. II, 23 gennaio 1990, n. 27.

²⁶² V. C. conti, sez. I, 9 luglio 1988, n. 111; in appello, sez. I, 8 febbraio 1995, n. 6/A. In dottrina Cfr. O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, cit., 9: «in presenza di una organizzazione strumentale alla realizzazione della attività amministrativa, l'esistenza di un principio di rischio posto in luce dalla moderna dottrina trova proprio nella previsione del potere riduttivo dell'addebito il momento normativo più rilevante».

²⁶³ V. C. conti, sez. I, 5 ottobre 1990, n. 188 in tema di danno arrecato all'Amministrazione nello svolgimento di attività di pubblica sicurezza.

²⁶⁴ V. C. conti, SS.RR. 19 aprile 1990, n. 662A cit.

riferimento, in particolare al modulo organizzativo dell'Amministrazione o ente di appartenenza del responsabile²⁶⁵.

Ne discende che l'esercizio di tale potere comporta l'obbligo, per il giudice contabile, di indicare i motivi che ne giustificano l'uso.

In mancanza, quindi, di una conveniente motivazione circa il rapporto esistente tra l'efficienza delle cause giustificatrici accertate e la misura del risarcimento dovuto, la decisione che riduca la somma dovuta ad una entità tale da annullare praticamente la responsabilità del pubblico dipendente, sarebbe viziata per difetto di motivazione²⁶⁶.

Quanto all'ampiezza di tale onere di motivazione, si rinviene in alcune decisioni una sorta di parallelismo con l'atteggiarsi di detto onere nella fattispecie di cui all'art. 132 c.p. in base al quale la motivazione deve essere tanto più puntuale ed ampia quanto più il giudice ritiene di doversi discostare dai limiti di pena fissati dalla legge.

In definitiva, anche per la giurisprudenza contabile, l'onere di motivazione è assolto ogni qual volta sia possibile esercitare un controllo sulle ragioni che hanno determinato l'esercizio del potere riduttivo, sì da non far sconfinare l'esercizio di tale facoltà discrezionale in mero arbitrio²⁶⁷.

Se ciò è vero nel caso in cui il potere riduttivo viene concretamente esercitato, la giurisprudenza contabile è concorde nell'affermare che il mancato esercizio dello stesso non comporta alcun obbligo di motivazione.

Più in particolare, si è osservato²⁶⁸ che, «trattandosi di norma derogatoria dei comuni principi civilistici di liquidazione del danno e quindi di un potere che è suscettibile di incidere nella sfera degli interessi della P.A. (tutelati in giudizio dal Pubblico Ministero), la puntualità e la necessità della motivazione va affermata in particolare allorché si faccia uso in positivo di tale potere».

In tale ipotesi si rende necessaria la precisa indicazione delle circostanze obiettive e soggettive che hanno indotto il giudice ad ammetterlo.

Al contrario, il diniego dell'applicazione della norma di favore, trattandosi di un potere che senza essere arbitrario (essendo legato, come si è detto al concorso di determinate condizioni di fatto) certamente è discrezionale, può benissimo ed esclusivamente fondarsi su una motivazione che faccia scaturire dalla gravità della colpa l'esclusione del ricordato art. 52 del T.U. delle leggi sulla Corte dei conti.

In considerazione di tale discrezionalità ma, soprattutto, per garantire alle iniziative del Pubblico Ministero contabile quelle finalità di ristoro del pubblico

²⁶⁵ Cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., 803.

²⁶⁶ V. C. conti SS.RR. 6 giugno 1990, n. 671.

²⁶⁷ V. C. conti SS.RR. 27 settembre 1976, n. 177 cit; Cass. sez. IV, 31 marzo 1968, n. 1924; Cass. sez. I, 29 luglio 1971, n. 443; Cass., sez. II, 3 maggio 1973, n. 3337; Cass. sez. II, 8 febbraio 1979, n. 1492, per quanto concerne l'onere della motivazione da parte del giudice penale ai sensi dell'art. 132 c.p.

²⁶⁸ V. C. conti SS.RR. 22 dicembre 1987, n. 563/A; SS.RR. 29 maggio 1986, n. 484.

erario e di deterrenza rispetto a ulteriori comportamenti negligenti causativi di danno, la giurisprudenza è venuta ad enucleare una serie di limiti all'esercizio del potere riduttivo, la cui violazione potrebbe ridurre la somma dovuta a titolo di risarcimento ad un'entità irrisoria²⁶⁹.

A tal fine alcune decisioni, ponendo l'accento sull'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, hanno escluso l'esercizio del potere in questione in tutte le ipotesi di danno costituente il risultato di una attività criminosa²⁷⁰.

Recentemente, però, l'esercizio del potere riduttivo è stato escluso anche in ipotesi prive di rilevanza penale ed, in particolare, nel caso in cui il danno conseguente ad un'azione comunque caratterizzata da grave slealtà o da motivi abietti, come nelle ipotesi di pubblici agenti che scientemente avrebbero violato i propri obblighi di servizio onde procurare a se stessi utilità non dovute²⁷¹.

In sostanza, nel giudizio di responsabilità amministrativa nelle ipotesi in cui la violazione degli obblighi di servizio sia di tale gravità da sfiorare il dolo, non vi sono le condizioni per l'esercizio del potere riduttivo²⁷².

Una considerazione conclusiva circa i limiti alla riduzione dell'addebito è rivolta, più in particolare, alla natura dei soggetti convenuti nel giudizio di responsabilità amministrativa, siano essi persone giuridiche ovvero eredi dei responsabili.

Sotto il primo aspetto è costante nella giurisprudenza la convinzione che il potere riduttivo dell'addebito non può essere esercitato nei confronti di una persona giuridica poiché non è possibile configurare alcuno di quegli elementi di distribuzione del rischio e di rilevanza delle situazioni soggettive su cui tale potere discrezionale si fonda; con la conseguenza, ad esempio, che non può essere ridotto l'addebito nei confronti di un istituto bancario con l'incarico di tesoriere – cassiere di un organismo pubblico²⁷³.

Per quanto concerne, invece, la posizione degli eredi del responsabile, essi sono legittimati passivamente nei limiti in cui si siano avvantaggiati indirettamente dell'illecito arricchimento del loro dante causa.

In ordine ad essi – ancorché con riferimento alla situazione normativa precedente che ammetteva una generale legittimazione passiva degli eredi, a prescindere dal loro arricchimento – si è affermato al fine dell'applicazione concreta del

²⁶⁹ V. C. conti SS.RR. 6 giugno 1990, n. 671.

²⁷⁰ V. C. conti SS.RR. 15 aprile 1971, n. 115; sez. II, 4 marzo 1985, n. 59: «non può concedersi la riduzione dell'addebito per fatti per i quali sia stata pronunciata anche una condanna penale»; SS.RR. 15 febbraio 1988, n. 569/A, in cui si afferma che la riduzione dell'addebito non può essere applicata a chi si sia reso responsabile di peculato per distrazione.

²⁷¹ V. C. conti SS.RR. 17 settembre 1986, n. 513/A.

²⁷² V. C. conti, sez. I, 9 gennaio 1989, n. 9; sez. II, 28 novembre 1987, n. 173. Non contrasta, invece, con l'apprezzamento del giudice in ordine al *quantum debeatur* la qualificazione come grave della colpa del soggetto convenuto in giudizio: con la conseguenza che può applicarsi la riduzione dell'addebito quando il soggetto ritenuto colpevole sia stato pressato da molteplici prestazioni di servizio: sez. I, 19 settembre 1991, n. 146; sez. I, 4 febbraio 1992, n. 47.

²⁷³ V. C. conti SS.RR., 10 giugno 1986, n. 496; *contra* SS.RR. 29 ottobre 1986, n. 516.

potere riduttivo che la posizione degli eredi, chiamati a rispondere del danno erariale derivante dal comportamento illecito posto in essere nell'esercizio delle funzioni del dante causa pubblico dipendente, è diversa da quella propria del diretto autore dell'illecito stesso.

Ne consegue, pertanto, che nell'esercizio di tale potere «non può non tenersi conto, da un lato, del fatto che i rapporti di successione traggono origine da un'attività del *de cuius* che, per essere caratterizzata da elementi connotati pubblicistici, esorbita in parte dagli stretti canoni, meramente obbligatori, contenuti nel rapporto patrimoniale di comune accezione e perviene agli eredi attutita nei suoi effetti estremi e, dall'altro, che è malagevole per gli eredi, sotto il profilo probatorio, fornire al giudice contabile quegli elementi circa i motivi di dati comportamenti che potrebbero valere ad attenuarne la responsabilità»²⁷⁴.

Per lungo tempo la giurisprudenza della Corte dei conti ha ritenuto che il potere riduttivo fosse esercitabile solo nei giudizi aventi ad oggetto la responsabilità amministrativa e non già nei giudizi di responsabilità contabile; e ciò sia in ragione della collocazione della norma in esame nel contesto dei giudizi di responsabilità, sia, e forse soprattutto, in corrispondenza dell'atteggiamento di particolare rigore nei confronti dell'agente contabile²⁷⁵.

In effetti, mentre per la responsabilità amministrativa è possibile graduare la diligenza usata nell'adempimento dei propri doveri, in quella contabile non esiste tale possibilità, poiché o si dimostra la incolpevolezza o si presume la piena colpevolezza.

Ne consegue che nel primo caso, il giudice può porre a carico dell'interessato tutto o parte del danno accertato in relazione alla graduazione della responsabilità, mentre nel secondo caso, non essendo possibile una graduazione, il potere riduttivo non può esercitarsi²⁷⁶.

Di recente, però, la Corte dei conti ha mutato indirizzo ed ha sostenuto che l'esercizio del potere riduttivo è da ritenersi compatibile anche con la responsabilità contabile, in quanto le due forme di responsabilità sono tra loro assimilabili sotto il profilo della struttura e del fondamento giuridico.

Entrambe, infatti, trovano la loro fonte nel rapporto di servizio e scaturiscono dall'inadempimento colpevole di un'obbligazione precostituita. La responsabilità contabile si differenzerebbe unicamente per i più rigorosi connotati di ordine processuale sia in rapporto alla resa del conto sia per quanto attiene al regime delle prove.

In sostanza, il maneggio dei valori pubblici non costituirebbe più la fonte dell'obbligo di restituzione che incombe al contabile, ma semplicemente l'og-

²⁷⁴ V. C. conti, sez. I, 7 febbraio 1984, n. 16.

²⁷⁵ Cfr. R. COLTELLI, *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, cit., 74.

²⁷⁶ Per la giurisprudenza cfr. A. DE STEFANO, F. GARRI, A.M. ROSSI BRIGANTE (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 1976.

getto di una prestazione che, al pari delle altre, trae la sua origine dal rapporto di servizio²⁷⁷.

Quando tra i più corresponsabili per danno erariale intercorre un vincolo di solidarietà – per essersi i medesimi arricchiti dalla vicenda dannosa ovvero per aver concorso ad adottare una delibera di organo collegiale – occorre verificare l'influenza nei rapporti tra i convenuti dell'esercizio da parte del giudice contabile del suo potere riduttivo.

Se la riduzione riguarda l'intero importo o comunque in pari modo tutti i corresponsabili solidali, non v'è problema.

Se, invece, la riduzione dell'addebito si basa su condizioni concernenti una sola parte o un gruppo di esse, deve essere disposta solo in ordine alla quota afferente i beneficiati, senza che i rimanenti possano goderne direttamente o indirettamente.

Dal punto di vista tecnico, si realizza una siffatta operazione con il sistema di stabilire il danno nel suo complesso senza alcuna riduzione, quale astrattamente fa capo a tutti i corresponsabili in solido, anche se contestualmente si determini nel rapporto interno una ripartizione *pro quota* e una forma anomala di concorso dei beneficiari della riduzione con la formula "*fino al concorrenza della somma di ...*".

In tal modo si coniugano le esigenze insite nella solidarietà – allorché essa sia vigente – e nella considerazione dell'apporto individuale alla vicenda.

Il potere riduttivo dell'addebito, al di là delle problematiche concernenti la sua natura e il suo fondamento, rimane pur sempre uno strumento che permette al giudice contabile di moderare equitativamente l'addebito ai fini di una pronuncia di sostanziale giustizia.

Tale strumento non va però identificato con il potere generalmente riconosciuto al giudice dall'art. 1226 c.c.; non attiene, cioè, alla fase di determinazione del danno, la cui stima va effettuata a seguito di un'esatta e puntuale individuazione del *quantum* da risarcire alla P.A., ma interviene solo in un momento successivo.

Il ricorso all'art. 1226 c.c. è, invece, consentito al giudice contabile ogni qualvolta, essendo certo il fatto generatore del danno, le difficoltà di giudizio ineriscono alla mera valutazione delle sue conseguenze economiche.

L'equità è assunta, quindi, come criterio di determinazione del danno risarcibile nelle ipotesi in cui questo non possa essere provato nel suo preciso ammontare, ma sia certo nella sua esistenza.

Il potere ampiamente discrezionale connesso a detta valutazione deve, per un corretto esercizio, tendere ad un'adeguata approssimazione mediante un metodo di apprezzamento di probabilità e di presunzioni secondo un processo logico del quale deve darsi conto²⁷⁸.

Nell'ambito della norma che dispone la valutazione equitativa del danno (art.

²⁷⁷ V. C. conti, sez. II, 18 gennaio 1974, n. 1; SS.RR. 23 settembre 1974, n. 161; in dottrina cfr. R. COLTELLI, *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, Roma 1985, 75; O. SEPE, *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, cit., 9.

²⁷⁸ V. C. conti, sez. Sicilia, 17 luglio 1990, n. 625 R.

1226 c.c.) si è, pertanto, al di fuori dell'equità come principio di giustizia cui può farsi ricorso, in sostituzione della norma di diritto positivo, per risolvere una controversia.

La mancanza di generalizzazione della regola di esperienza trovata e applicata per il caso concreto è la caratteristica, invece, del giudizio di equità che l'art. 113 c.p.c. prevede come eccezione alla regola del giudizio secondo diritto²⁷⁹.

Il caso singolo, in sostanza, viene deciso in base ad una regola di esperienza non suscettibile di applicazione ad una serie di casi analoghi.

Questa è la ragione per cui la Cassazione ritiene incensurabile il giudizio di equità, nonché il motivo per cui, con riferimento alla certezza dei rapporti giuridici, il giudizio di equità non può essere ammesso che nei casi in cui la legge lo consente²⁸⁰.

Non è, quindi, dato confondere la pronuncia secondo equità, in particolare, nelle ipotesi in cui all'art. 114 c.p.c., con l'uso del potere riduttivo dell'addebito, posto che il giudizio di equità, avente ad oggetto diritti disponibili, è concordemente richiesto dalle parti che si rimettono all'equo apprezzamento del giudice, a differenza del processo contabile che, per l'indisponibilità dell'oggetto, ha natura di procedimento d'ufficio.

Ciò spiega, anche, la possibilità per il Procuratore Generale di contestare in sede di appello il corretto uso fatto dal giudice di primo grado del potere riduttivo, al fine di garantire alle iniziative del Pubblico Ministero stesso quelle finalità di ristoro del pubblico Erario e di deterrenza rispetto ad eventuali ulteriori comportamenti negligenti causativi di danno – cui sono per legge preordinate²⁸¹.

7. Gli illeciti gestori commessi nell'ambito delle imprese pubbliche. Sviluppo del fenomeno e natura giuridica. Carattere pubblico della gestione delle società partecipate e giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti. Gli organismi di diritto pubblico

L'ente pubblico economico è uno dei modelli o strumenti di cui si avvale lo Stato o altra amministrazione pubblica, al fine di esercitare l'impresa pubblica e di intervenire, per il tramite di essa, nel sistema economico²⁸².

²⁷⁹ Cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1981.

²⁸⁰ Il giudizio di equità è consentito quando la legge rimette all'equo apprezzamento del giudice il riconoscimento o l'attribuzione di un diritto (1447, comma 2, c.c.) o ammetta una valutazione secondo le circostanze (146, 1436 c.c.) o una integrazione della regola del rapporto in base all'equità (1374 cc.), quando la legge ponga l'equità come unica fonte regolatrice di determinati conflitti, per rapporti di tenue valore, per volontà delle parti quando la causa riguarda diritti disponibili e le parti siano concordi nella richiesta (114 c.p.c.).

²⁸¹ V. C. conti SS.RR. 6 giugno 1990, n. 671/A.

²⁸² Gli scopi che determinano lo Stato o un altro ente a creare un ente pubblico economico sono diversi: operare interventi economici di controllo, calmierando, ad esempio, il prezzo di una merce sul mercato, producendola e vendendola ad un prezzo inferiore a quello di beni analoghi prodotti da im-

Sono denominati enti pubblici economici quegli enti che operano nel campo della produzione e dello scambio di beni e servizi, svolgendo attività prevalentemente o esclusivamente economiche²⁸³.

Carattere essenziale è lo svolgimento dell'attività con criteri di economicità²⁸⁴.

Tuttavia, pur non essendo il fine di lucro un elemento essenziale dell'ente pubblico economico, è necessario che l'ente operi secondo il criterio «dell'obiettiva economicità», cioè di correlazione tra costi e ricavi, nel senso che l'impresa venga esercitata in maniera tale che dall'attività si ricavi almeno quanto occorre per coprire i costi dei fattori di produzione impiegati²⁸⁵.

L'ordinamento della partecipazioni pubbliche, sin dal secolo scorso, era originariamente costituito da un rilevante numero di società accomunate dal fatto che il loro capitale era detenuto (in tutto o in parte, direttamente o indirettamente) da particolari enti pubblici, detti enti di gestione, che si atteggiavano come *holdings*²⁸⁶.

Si organizzò così un sistema piramidale alla cui base vi erano le strutture imprenditoriali operative, partecipate dagli enti pubblici autonomi di gestione, aventi ad oggetto l'amministrazione delle partecipazioni azionarie e che fungevano da tramite con il vertice rappresentato dagli organi politici di controllo²⁸⁷.

Vi erano, conseguentemente, due «segmenti», il primo – a carattere pubblico,

prese private; realizzare interventi promozionali, sostenendo economicamente un settore in crisi di un'industria che riveste interesse nazionale, ciò al fine di assicurare servizi pubblici essenziali non adeguatamente coperti da imprese private, o, ancora, evitare la formazione di monopoli di fatto.

²⁸³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

²⁸⁴ In dottrina ed in giurisprudenza non si riscontra unanimità di vedute circa la nozione di «economicità», richiedendosi talora la necessità che l'attività sia svolta dall'ente per fini di lucro in regime di concorrenza (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 89 ss.) – profilo, quest'ultimo, che contrasta con la legislazione che ha istituito enti pubblici economici in regime di monopolio: si pensi all'ENEL, oggi, peraltro, trasformato in s.p.a. nel tentativo di liberalizzazione del mercato energetico – altre volte definendo l'economicità come imprenditorialità e cioè come astratta idoneità a conseguire utili previsti in funzione della remunerazione del costo di produzione o di scambio di beni o di servizi (La maggioritaria giurisprudenza). Sicuramente, gli enti pubblici economici si pongono in concorrenza con i soggetti economici privati, ma realizzano fini pubblici che spesso non si identificano con i fini di lucro propri delle imprese private.

²⁸⁵ L'ente pubblico economico deve, pertanto, tendenzialmente mirare alla copertura dei propri costi di produzione e gestione attraverso le tariffe delle prestazioni erogate. Non deve necessariamente operare per il massimo profitto, ma non può, tuttavia, eseguire prestazioni a titolo gratuito o praticando «prezzi politici», cioè del tutto sganciati dai costi di produzione. In caso contrario, avremmo non già un ente pubblico economico, bensì un ente assistenziale, che pure svolge un'attività di prestazione di beni o servizi: F. CARINGELLA, *Percorsi monografici di diritto amministrativo*, Napoli 2000, 697.

²⁸⁶ Tali enti, quali l'I.R.I. (Istituto per la Riconversione industriale), l'E.N.I. (Ente Nazionale Idrocarburi), l'E.F.I.M. (Ente di Finanziamento dell'Industria Meccanica) potevano considerarsi delle *holdings* o società madri nei confronti delle società controllate. Anche le funzioni di tali enti, che erano quelle della direzione e del coordinamento delle politiche aziendali, dell'approvazione di piani di riparto, ecc., corrispondevano perfettamente a quelle svolte da *holdings* private.

²⁸⁷ Gli enti di gestione concretizzavano gli indirizzi espressi dalle strutture di comando tramite le partecipazioni dirette in imprese, che così divenivano strumenti di attuazione della politica economica e sociale di volta in volta individuata dagli organi politici.

percorso dalle direttive impartite dagli enti di gestione – ai cui estremi si trovavano i pubblici poteri e gli enti di gestione, e il secondo – a carattere operativo imprenditoriale – che partiva da questi ultimi e andava fino alle imprese²⁸⁸.

Il problema maggiore, che negli anni ha interessato tali tipi di enti, ha riguardato l'assoggettamento di essi al sindacato del giudice contabile che, inizialmente negata²⁸⁹, è stata ammessa in un secondo momento²⁹⁰.

²⁸⁸ Secondo F. CARINGELLA, *Percorsi monografici di diritto amministrativo*, 701 ss. si distinguono:

- enti di servizio, che prestano servizi mediante attività imprenditoriali;
- enti propriamente economici, istituiti come mezzi di produzione del reddito;
- enti di monopolio, creati per la necessità di assicurare un prezzo costante dei beni e la capillarità dei rifornimenti;
- enti di promozione e sviluppo, che sono rivolti ad incrementare taluni settori economici non curati dagli imprenditori privati, incoraggiando questi nello stesso senso;
- enti di salvataggio, che impediscono la scomparsa di imprese ed assicurano la salvaguardia dei livelli occupazionali;
- enti con funzioni calmieratici, che sono finalizzati a frenare l'ascesa dei prezzi dei generi di prima necessità: ne sono stati esempi gli enti comunali di consumo;
- enti di paragone, che sono indirizzati a mantenere un elevato livello qualitativo di determinati prodotti, prevedendosi nella situazione di parallelismo di valutazione con le imprese private.

²⁸⁹ Per circa vent'anni, la giurisprudenza costante della Cassazione ebbe ad escludere la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici di gestione per quelle attività più propriamente imprenditoriali, limitandola soltanto agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività gestionali ed integranti espressione di poteri autoritativi, pubblicistici e di autorganizzazione (G. D'AURIA, *Brevissime note in tema di giurisdizione sulla responsabilità di enti pubblici economici*, in *Foro. it.*, I, 1999, 575 ss.). Una distinzione, questa, che poggiava su un assunto di carattere essenzialmente formale. L'idea, in particolare, che convivessero nell'ente pubblico economico due distinti filoni di attività, riportabili a due distinte entità in rapporto di alterità soggettiva: l'ente pubblico *tout court*, per un verso, e l'ente imprenditoriale operativo (ente pubblico-impresa), per un altro verso.

Solo muovendo da tale premessa, peraltro ormai non più condivisa, infatti, poteva ipotizzarsi preclusa l'indagine del giudice contabile sull'attività strettamente imprenditoriale, perché asseritamente impossibilitato a condurre valutazioni sull'adozione o meno di criteri di corretta amministrazione da parte del dipendente, o delle persone legate da rapporto di servizio con l'ente pubblico, alla luce dei principi generali che regolano le obbligazioni di diritto civile, con conseguente attrazione delle fattispecie *de quibus* alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 21 ottobre 1983, n. 6179; Cass., Sez. Un. civ., 2 marzo 1983, n. 1282; Cass., Sez. Un., 22 maggio 1991, n. 5792; Cass. Sez. Un., 2 ottobre 1993, n. 10381).

²⁹⁰ La Cassazione, con ordinanza n. 19667 del 22 dicembre 2003, ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti anche agli enti pubblici economici, superando, così, l'antico *discrimen* tra attività imprenditoriale e attività espressione di poteri autoritativi, utilizzato dalla vecchia giurisprudenza al fine, appunto, di limitarne l'estensione. L'ordinanza testimonia un nuovo approccio della giurisprudenza, volto ad evitare che si sottraggano al controllo del giudice contabile ipotesi di gestione del patrimonio pubblico. Sostiene la Suprema Corte, infatti, che «la ragione per cui la giurisdizione è devoluta al giudice contabile ancorché nella specie si trattasse di ente pubblico economico va ricercata nell'irrilevanza giuridica – quanto, appunto, alla giurisdizione – delle modalità della condotta (violatrice di norma tanto di diritto pubblico che di diritto privato) del soggetto agente, laddove siano pubbliche le risorse finanziarie di cui esso si avvale». Il che è coerente con l'assunto che in nessun caso l'adozione di forme privatistiche (per l'organizzazione del soggetto, per la sua attività,

Per quanto concerne il regime giuridico, va rimarcato che gli enti pubblici economici, in quanto amministrazioni, sono assoggettati al diritto amministrativo – al riguardo dell'autonomia statutaria e regolamentare e del potere di autorganizzazione riconosciuto a tali enti – e, in quanto titolari di impresa, operano in regime di concorrenza con gli altri imprenditori ed agiscono con gli strumenti di diritto comune²⁹¹.

Sugli enti pubblici economici a carattere nazionale è esercitato da parte dello Stato un controllo direzionale, al fine di indirizzare l'attività imprenditoriale, coordinandola a finalità pubbliche²⁹².

Ormai la quasi totalità di tali enti è stata trasformata in società partecipate²⁹³.

L'aspetto più evolutivo del fenomeno delle imprese pubbliche è rappresentato dalle società di capitali a totale o parziale partecipazione pubblica.

In alcuni casi le società sono costituite, anche su espressa previsione legislativa, o *ex novo* o attraverso la c.d. privatizzazione, cioè la trasformazione di enti pubblici economici o finanche di aziende; in altri casi l'ente pubblico acquisisce appositamente partecipazioni in preesistenti società di capitali.

In questo caso, titolare dell'impresa è formalmente un soggetto di diritto privato, cioè una società di capitali che opera secondo le norme del diritto civile e commerciale.

L'impresa è pubblica da un punto di vista economico, in quanto è pubblica quella parte di capitale che assicura la maggioranza nell'assemblea e consente di determinare gli indirizzi della gestione.

Le società a partecipazione pubblica sono soggette ad una disciplina particolare: l'art. 2449 c.c. (come modificato dal d.lgs. n. 6/2003 e integrato dall'art. 9,

per ambedue gli aspetti) potrebbe avere l'effetto di trasformare il denaro pubblico – in ragione del suo provenire dalla finanza pubblica – in denaro «non pubblico», del cui buon uso sia come tale consentito disinteressarsi. C. MANFREDI SELVAGGI, *Anche l'attività imprenditoriale sotto il controllo contabile*, in *Guida Enti Locali*, 11/2004, 95 ss.

²⁹¹ In particolare, per quel che concerne i contratti stipulati con i terzi dagli enti pubblici economici, in armonia con la filosofia imprenditoriale di tali enti, essi sono, in linea generale, retti da regole privatistiche, e non soggiacciono alle regole procedurali di evidenza pubblica. Inoltre, si applicano all'ente pubblico economico le norme del codice civile sui contratti e quelle che fissano lo statuto dell'impresa e, in particolare, le norme volte a prevenire la concorrenza sleale e quelle che prescrivono l'iscrizione nel registro delle imprese, senza poter, tuttavia, fallire. Il rapporto di lavoro con i dipendenti è retto dal diritto privato con esclusione quindi della giurisdizione amministrativa.

In sintesi, ha tutte le connotazioni proprie di un operatore naturale di mercato, con la «piccola» differenza che opera spesso in un mercato riservato, se non addirittura monopolista (es. acqua, energia elettrica e gas).

²⁹² In genere, il controllo sugli enti pubblici economici è assicurato mediante il conferimento di poteri ad organi dello Stato, nei confronti degli organi direttivi dell'ente pubblico economico, come ad esempio il potere di nomina del presidente, dei più alti dirigenti, che per gli enti pubblici economici statali è riservato al Governo ed esercitato con decreto del Capo dello Stato.

²⁹³ Spesso essi hanno rappresentato una tappa intermedia in vista della privatizzazione delle aziende autonome, le quali, prima della trasformazione in società per azioni – il che permette, tra l'altro, al soggetto di far ricorso al risparmio ed al finanziamento del mercato per incrementare il capitale e di cedere le quote – vengono trasformate in enti pubblici economici.

comma 7, d.lgs n. 175/2016)²⁹⁴ prevede che, ove lo Stato o altro ente pubblico abbia partecipazioni azionarie, l'atto costitutivo possa ad esso conferire la facoltà di nominare amministratori o sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, nonché di revocarli²⁹⁵.

A livello locale la società a partecipazione pubblica si presenta come una soluzione per i problemi relativi all'attività della pubblica amministrazione riguardante la gestione dei servizi pubblici²⁹⁶.

Il fenomeno della società partecipata da pubblici poteri è tutt'altro che marginale, anche a livello regionale²⁹⁷, ad iniziare da quelle a statuto speciale²⁹⁸.

²⁹⁴ Il testo attuale così dispone: «ART. 2449. – (Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici). – Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti. 2. Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal comma I».

²⁹⁵ Si noti che le disposizioni citate nel testo devono essere osservate anche dalle regioni, le quali non possono legiferare nella materia del diritto privato e quindi, ad esempio, in materia di nomina degli amministratori: ove decidano (e l'esperienza recente ha mostrato una pluralità di esempi in tal senso) di ricorrere allo strumento societario, devono utilizzare il modello comune. Gli amministratori ed i sindaci di nomina pubblicistica si trovano in una assai delicata situazione di dipendenza nei confronti dell'ente pubblico, in quanto, mentre soggiacciono alle direttive di quest'ultimo, devono anche realizzare l'interesse sociale.

²⁹⁶ In merito, M. FRANCESCA, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e regole di mercato: prime riflessioni*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1999.

²⁹⁷ Di grande interesse risulta anche l'analisi degli Statuti regionali, i quali, eccetto qualche caso (Campania, Valle d'Aosta, Trentino, Friuli, Sicilia e Sardegna), disciplinano espressamente la partecipazione delle regioni in società di capitali.

²⁹⁸ Più specificatamente, si ricorda la legge n. 51/1957 della regione Sicilia, la legge n. 4 del 1958 del Trentino Alto Adige e la legge n. 18/1966 del Friuli Venezia Giulia.

Anche per tali società regionali si pone il problema, una volta regolato il *quantum* di partecipazione regionale, dell'efficacia del controllo direzionale delle Regioni verso di esse²⁹⁹.

Da un'analisi degli statuti, delle leggi regionali o dei patti parasociali sembra possibile affermare che un'attività di coordinamento e direzione delle regioni sulle società finanziarie è pur sempre prevista e si estrinseca in attività e atti pressoché analoghi per ogni regione: questa, infatti, dirige la società usufruendo della maggioranza dei voti nell'assemblea dei soci, mentre, per le materie che non rientrano nella competenza di quest'ultima, è ormai acquisita nell'esperienza comune l'esistenza di direttive ai membri del consiglio di amministrazione della società finanziaria, i quali, a loro volta, pur non essendo vincolati da un obbligo in tal senso³⁰⁰, li concretizzano nelle delibere dell'organo gestorio.

Nei confronti degli amministratori l'ente controllante fa valere il rapporto fiduciario che con loro intrattiene: essendo la regione un ente pubblico si tratterà, nella specie, naturalmente, di un rapporto di natura politica.

A livello locale la società a partecipazione pubblica si presenta come una soluzione per i problemi relativi all'attività della P.A. riguardanti la gestione dei servizi pubblici³⁰¹; l'evoluzione, iniziata con la riforma di cui alla legge n. 142/1990 è poi proseguita fino ad arrivare a quanto previsto nell'art. 14 del d.l. n. 269/2003 che, individuando quale unico modello per la gestione dei servizi pubblici locali la società di capitali, ha determinato la netta separazione tra le funzioni di gestione dei servizi stessi, esercitate dalla nuove società per azioni partecipate ed il relativo controllo, che rimane una prerogativa dell'ente locale³⁰²; gli enti locali man-

²⁹⁹ Alcuni statuti, addirittura, nel consentire alle regioni di costituire società, aziende o altri enti per perseguire propri fini istituzionali, ammettono attività di controllo solo su figure non societarie (Tra questa tipologia di norme si ricordano: l'art. 48 dello statuto della regione Lombardia, l'art. 50 dello statuto veneto, l'art. 45 della regione Molise e l'art. 54 della regione Liguria. Altri statuti, invece, pur indirizzando il controllo esercitato dalle regione solo a enti e aziende regionali, demandano ad una legge regionale l'individuazione delle modalità di estrinsecazione della partecipazione regionale, ossia le modalità di formazione della volontà dell'ente pubblico e l'indicazione degli organi competenti ad esprimerla in sede societaria (In tal senso gli statuti delle regioni Calabria, Basilicata e Lazio.). In una posizione, tutto sommato equivalente, si colloca lo statuto della regione Piemonte che, all'art. 72, dispone che «Spettano alla Regione le funzioni di coordinamento, indirizzo e controllo su enti e aziende. La legge regionale stabilisce le modalità e i tipi dei controlli e le norme relative alla composizione degli organi e all'amministrazione degli enti, aziende», stabilendo, però, all'ultimo comma, che le disposizioni dettate in tema di enti e aziende si applicano anche alle società regionali finanziarie.

³⁰⁰ V. Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439.

³⁰¹ Difatti, la lunga evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali e la completa revisione dei relativi strumenti di regolazione è stata dovuta, nel corso di questi anni, all'emergere di insorgenti difficoltà economiche nella gestione dei servizi stessi, che ha imposto una riconsiderazione dell'esclusiva estensione della gestione pubblica del settore dei servizi locali e all'impiego del più duttile strumento societario. L'avvio della riforma può essere fatto coincidere, sotto l'aspetto temporale, con la legge n. 142/1990: all'art. 22, infatti, si individuavano, tra le forme di gestione possibili, le società per azioni.

³⁰² L'apertura ai privati ha determinato, così, profondi cambiamenti, non solo sul piano giuridi-

tengono la proprietà degli impianti produttivi, delle reti e delle dotazioni necessarie allo svolgimento del servizio, a meno che non intendano cederli a società a capitale interamente pubblico (d.l. n. 269/2003)³⁰³.

Il discorso sulla natura giuridica delle società partecipate, ancorché sia giunto a conclusioni sostanzialmente coincidenti, si è sviluppato su due direttrici autonome rivolte, per finalità diverse, alla definizione di due distinti aspetti di una medesima realtà.

Infatti, da un lato, nell'ambito del fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici economici ed in genere delle imprese pubbliche, si è tentato di affermare l'irrelevanza della modifica della veste giuridica, da ente pubblico a società privata, ai fini della permanenza del controllo sulla gestione economico-finanziaria già svolto dalla Corte dei conti in funzione del successivo controllo politico parlamentare.

Dall'altro, più in generale, per tutte le società partecipate, si è discusso – prendendo le mosse da quelle preposte alla gestione di servizi pubblici – se esse possano rientrare in una visione estesa di pubblica amministrazione con sottoposizione tra l'altro al regime di responsabilità gestoria di tipo amministrativo conosciuta dalla Corte dei conti.

Come preannunciato, le due direttrici hanno trovato un momento di sintesi, potenzialmente evolutivo, nella convinzione dell'afferenza delle società *de quibus* al settore amministrativo, in ragione della loro natura di soggetti attivi delle gestioni pubbliche.

L'emersione nello scenario economico delle società partecipate ha sollevato in

co e strutturale, ma anche gestionale ed organizzativo. Si è, cioè, determinato un modello organizzativo, basato sulla responsabilità manageriale a cui si accompagna l'introduzione di sistemi di gestione orientati agli obiettivi. Tali società, infatti, operando in una dimensione di «marketing territoriale», cercano di offrire un servizio maggiormente rispondente alle esigenze dell'utenza e qualitativamente superiore rispetto al passato, in modo da creare le condizioni per una effettiva garanzia del consumatore, accompagnata, inoltre, da un certo margine di scelta, essendo su tale terreno che si misura l'esito del processo concorrenziale (G. DI GASPARRE, *I servizi pubblici verso il mercato*, in *Dir. Pubbl.* 1999, III, 79 ss.). Dal suo canto, l'obiettivo principale della P.A. è divenuto quello di porre in essere un controllo efficace, in grado di dirigere e ottimizzare questi risultati. La combinazione degli elementi appena descritti hanno trasformato il ruolo dell'ente locale, attraverso un passaggio da programmatore e titolare del servizio, a garante dell'accesso al servizio stesso (M. ANTONUCCI, *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Cons. Stato* 2003, II, 1355 ss.).

³⁰³ C'è da dire che la precedente normativa prevedeva l'eventuale cessione a società di capitale, di cui gli enti locali detenevano la maggioranza del capitale. Secondo la nuova disciplina, a loro volta le stesse società potranno mettere le dotazioni utili al servizio a disposizione dei soggetti che materialmente lo gestiranno a fronte di un canone; altrimenti potranno incorporare la rete dalla gestione del servizio, individuando, così, un gestore della rete a titolo diverso da quello del servizio, che utilizzerà la rete sempre a fronte di un canone. Sarà la disciplina di settore a stabilire quando l'attività di gestione delle reti possa essere effettivamente separata dalla gestione degli impianti: nel caso di separazione, la gestione delle reti potrà essere affidata, oltre che ad imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, anche a società di capitali a totale partecipazione pubblica, alle quali può essere affidata direttamente tale attività.

dottrina e in giurisprudenza un vivace dibattito concernente il problema qualificatorio e, quindi, la natura giuridica delle stesse.

Le perplessità derivano dal fatto che non è chiaro se la veste societaria calata su tali organizzazioni sia sufficiente ad escludere la natura pubblicistica e ad attrarle nella sfera del diritto comune³⁰⁴.

Si confrontano sul tema due tesi: l'una privatistica, secondo cui si tratterebbe di società di natura interamente privatistica, sottoposte esclusivamente alla disciplina delle società commerciali³⁰⁵; l'altra pubblicistica, secondo cui la veste societaria sarebbe solo una «maschera» dietro la quale si cela una struttura strettamente collegata all'amministrazione pubblica, in rapporto di strumentalità³⁰⁶.

A supporto di tale ultima tesi si valorizza lo sviluppo, sul piano nazionale, delle s.p.a. dette «anomale», le quali, piuttosto che forma organizzativa dell'impresa, sono strumenti deputati a svolgere funzioni pubbliche, privi del carattere dell'imprenditorialità; ossia, in sostanza, veri e propri enti strumentali costituiti in forma societaria.

La Cassazione che, inizialmente sembrava condividere la tesi privatistica qualificando le società a partecipazione pubblica locale quali soggetti di diritto privato del tutto distinti dall'amministrazione pubblica³⁰⁷, in seguito alla netta posizione contraria espressa dal Consiglio di Stato³⁰⁸, ha finito per modificare il suo orientamento, nel senso della qualificazione di tali soggetti quali enti pubblici, soggetti a disciplina speciale.

Giova evidenziare che la definizione della natura giuridica delle società partecipate non si risolve in un mero problema qualificatorio, risultando invece indispensabile per l'applicabilità della normativa comunitaria in materia di appalti, nonché per la risoluzione di particolari questioni in punto di giurisdizione.

Connessa a tale problema è, in particolare, la questione circa l'ammissibilità della giurisdizione della Corte dei conti sulle responsabilità gestorie concernenti tali società, che avrebbe senso solo se esse si atteggiino quali «amministrazioni», o se almeno sia configurabile un rapporto tecnicamente qualificabile come intercorrente «tra amministrazioni» (quella «di appartenenza», da un lato, e quella «diversa», dall'altro).

³⁰⁴ Alla questione si darà maggiormente spazio in sede di disamina della natura giuridica delle società residue da processi di privatizzazione, essendo il dibattito sostanzialmente analogo ed essendo queste società oramai protagoniste dello scenario dell'intervento dello Stato nell'economia nazionale.

³⁰⁵ Cfr. R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano 1998.

³⁰⁶ Cfr. F. CARINGELLA, *Il diritto amministrativo*, cit.

³⁰⁷ V. sentenza 27 marzo 1997, n. 2738.

³⁰⁸ V. decisione, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478. Analogamente, C.d.S., sez. VI, n. 1206/2001; C.d.S., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090; C.d.S. 24 settembre 2001, n. 5007; C.d.S., sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4771 su Enel s.p.a.

Sul punto si è pronunciata sia la dottrina³⁰⁹ che la giurisprudenza³¹⁰ ed in particolare il giudice delle giurisdizioni³¹¹. L'orientamento *de quo* è stato poi avallato dal legislatore (l. finanz. 2007), che ha previsto un'ipotesi di responsabilità di amministratori di società partecipate.

Tale posizione era stata, invero, già affermata, per quanto di sua competenza dal giudice penale, secondo cui la privatizzazione delle amministrazioni pubbliche non fa venir meno la loro natura pubblica con il conseguente persistere per i loro dipendenti della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

Va precisato che si è affermato, di recente, un orientamento restrittivo, che tende a ridurre l'ambito della cognizione della Corte dei conti, limitandolo alle società con un regime differenziato³¹². Inoltre, è stata espressamente esclusa per legge la giurisdizione della Corte dei conti sulle società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate (art. 16-*bis* d.l. conv. con modif. l. n. 31/2008). Tale disposizione, peraltro non retroattiva, indirettamente conferma l'attribuzione della giurisdizione sulle restanti società partecipate, nonché sulle rispettive controllate, alla Corte dei conti, tanto più che prevede l'inapplicabilità della novella ai giudizi in corso.

Resta comunque il problema se la giurisdizione sulle società partecipate sia limitata alla percentuale di partecipazione³¹³ o tuteli l'intera società³¹⁴. Ma una soluzione condivisibile dell'intera questione – cioè sia dell'ambito che delle percentuali – comporta una necessaria differenziazione ontologica tra le varie tipologie di società di capitali a partecipazione pubblica³¹⁵, distinguendo le società

³⁰⁹ Cfr. L. VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. C. conti* n. 6/2001, 294. In dottrina per una critica al collegamento della giurisdizione contabile con l'autoritarità della gestione v. S. PILATO, *L'effettività della tutela nella nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. conti* n. 2/02, 348.

³¹⁰ V. C. conti, sez. Marche, 23 aprile 2002, n. 469, est. Bronzini.

³¹¹ Le Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 19667/03, in data 22 dicembre 2003, hanno affermato che «sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, ancorché sotto la forma di società di diritto privato controllate dallo Stato o da ente pubblico autarchico. Infatti l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato [...]».

³¹² V. Cass. SS.UU.CC. 12 ottobre 2011, n. 20940/11, est. Rordorf. Nello stesso senso C. conti, sez. App. Sicilia, 30 luglio 2010, n. 201/A, est. Savagnone.

³¹³ V. C. conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135/2008, est. Atelli

³¹⁴ V. C. conti, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 532/2008 A, est. Loreto.

³¹⁵ Cfr. S. AURIEMMA, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in *Riv. C. conti* n. 3/2010.

cc.dd. in mano pubblica³¹⁶, da quelle sottoposte a controllo azionario direzionale³¹⁷ e da quelle a semplice partecipazione minoritaria³¹⁸.

Quindi nelle società del primo gruppo, assimilabili ai veri e propri enti pubblici, può trovare applicazione il regime di responsabilità gestoria (analogo a quello vigente nel settore pubblico) a carico di tutti gli amministratori e funziona-

³¹⁶ In tale gruppo si inquadrano le società (in mano pubblica) costituenti forme di decentramento organizzatorio della pubblica amministrazione, di cui espletano compiti istituzionali, in particolare nel settore dell'esercizio di funzioni pubbliche e della gestione dei pubblici servizi, a volte consorziali, talché spesso godono anche di un regime privilegiato negli affidamenti (diretti, senza gara) di appalti pubblici (le cc.dd. società *in house*, puro e spurio); esse generalmente sono a partecipazione pubblica totalitaria o almeno assolutamente maggioritaria, talché la veste privatistica non può costituire uno schermo alle comuni responsabilità gestorie. In tal senso C. conti, sez. Sicilia, 26 ottobre 2011, n. 3488, secondo cui «Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti per i danni cagionati dall'amministratore a società di capitali a totale partecipazione pubblica. Ciò in quanto, nei casi in cui al capitale sociale partecipino solo soggetti pubblici, le argomentazioni che traggono spunto dalla (senz'altro sussistente) distinzione tra patrimonio di questi ultimi e patrimonio sociale appaiono il prodotto di una sofisticata ricostruzione che finisce, però, senza apprezzabili contropartite (ordinato esplicitarsi di rimedi giuridici concorrenti), per degradare l'azione pubblica di responsabilità amministrativa a mezzo di reazione al mancato esercizio dei diritti di socio da parte di colui che, in seno all'Amministrazione partecipante al capitale, era investito del pertinente potere. E non utilizzandola, invece, per reprimere la condotta primaria dell'amministratore della società che ha cagionato un danno patrimoniale che, in ragione del peculiare assetto dell'azionariato, è soggetto ad un fenomeno osmotico che ne determina la risalita immediata nella sfera del socio». Ugualmente C. conti, I sez. centr., 21 settembre 2011, n. 4, est. Loreto, per cui la partecipazione totalitaria in una s.p.a. da parte di un ente pubblico è condizione sufficiente a radicare la giurisdizione contabile «Pur non ignorandosi l'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Cassazione n. 26806/2009, che per le società partecipate ha fissato un nuovo criterio di discriminazione in tema di giurisdizione, stabilendo che occorre fare una distinzione fra danno al patrimonio della società e danno all'ente partecipante, occorre comunque sottolineare che questo criterio non è esclusivo che tra l'altro nella fattispecie all'esame la società è interamente partecipata dall'ente pubblico e quindi il danno al patrimonio della società strumentale si riverbera in un danno al patrimonio dell'ente pubblico titolare della partecipazione esclusiva». *Contra* Cass. SS.UU. 12 ottobre 2011, n. 20940 e n. 20941.

³¹⁷ In questo gruppo si ritrovano le società di capitali assoggettate a controllo azionario direzionale (per motivi eminentemente strategici in settori di rilievo per la Comunità) da parte di pubbliche amministrazioni, in posizione dominante pur con quota complessiva di capitale generalmente minoritaria, che svolgono attività esclusivamente imprenditoriali di tipo produttivo in regime di assoluta concorrenza; esse certamente sono estranee alla nozione di pubblica amministrazione, anche se la partecipazione pubblica non risulta irrilevante sia a livello del controllo referente (della Corte dei conti ai sensi dell'art. 100 comma 3° Cost., limitatamente allo Stato), alla pari della precedente categoria, che a quello della giurisdizione di responsabilità gestoria, alla pari della successiva categoria.

³¹⁸ Nel gruppo sono ricomprese le restanti società di capitali, in cui la partecipazione pubblica (giustificata da esclusivi motivi di investimento o di sostegno improprio) è del tutto minoritaria in mancanza del c.d. controllo azionario (a carattere direzionale) pubblico; esse, ancora più lontane dalla nozione pur ampia di P.A., non sono assoggettate ad alcun controllo anche referente (della Corte dei conti), anche se risulta applicabile parzialmente il regime di responsabilità gestoria (salvo che per quelle quotate in borsa, così come espressamente disposta dall'art. 16-*bis* d.l. conv. con modif. l. n. 3/2008).

ri della società medesima per l'eventuale intero danno perpetrato³¹⁹, mentre in quelle del secondo e del terzo gruppo una responsabilità gestoria può ipotizzarsi solo nei confronti dei rappresentanti degli enti partecipanti alla "governance" (amministratori e sindaci) societaria in ragione di eventuali pregiudizi incidenti sul valore della quota azionaria con una limitazione percentuale.

Infine, nel caso di amministrazione autarchica in ente pubblico economico o in società di capitali, permane comunque la piena giurisdizione della Corte dei conti al riguardo dei danni provocati nell'ambito della vecchia gestione di carattere amministrativo-contabile; non trova qui applicazione la disposizione di cui all'art. 5 delle preleggi, trattandosi di normativa incidente direttamente su rapporti sostanziali³²⁰.

Le società partecipate possono distinguersi tra quelle che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa³²¹.

Le prime sono assoggettate, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore³²² e, sul piano processuale, alla giurisdizione ordinaria, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche quali, ad esempio, quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti (Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806).

³¹⁹ Sostanzialmente in tal senso sembra Cass. SS.UU.CC. 12 ottobre 2011, n. 20940/11, est. Rordorf, per cui è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti sulle società del genere, ma «fa eccezione l'ipotesi in cui si tratti di una società di diritto speciale, soggetta ad un regime normativo che, al di là della veste esterna di società azionaria, valga ad assimilarla ad un vero e proprio ente pubblico (come nel caso della RAI: cfr. n. 27092 del 2009)». Ha fissato poi i criteri relativi C. conti, III sez. centr. 29 settembre 2011, n. 642, che ha affermato la sussistenza della giurisdizione contabile per i danni – nella specie per un incarico esterno – cagionati dal suo Presidente a "Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a." «Invero, la compresenza di tutta una serie di elementi – quali la sussistenza di una specifica normativa (che disciplina denominazione, funzioni, modalità di nomina degli organi societari), il perseguimento di peculiari attività e finalità di interesse pubblico, un pregnante sistema di vigilanza e indirizzo da parte dell'Amministrazione pubblica, l'assoggettamento al controllo della Corte dei Conti, la provenienza pubblica dei fondi e la possibilità di apporti finanziari a ripiano da parte dell'unico azionista pubblico nonché la previsione di evidenti limitazioni nell'esercizio dell'attività finanziaria della società – determina il Collegio a configurare l'assetto dell'Istituto come mero frutto del potere di autoorganizzazione dell'Amministrazione pubblica e, di conseguenza, la natura sostanzialmente pubblica dell'IPZS s.p.a.».

³²⁰ V. Cass. SS.UU.CC. 4 maggio 1989, n. 2088 e 15 maggio 1992, n. 5792.; C. conti SS.RR. 5 gennaio 1995, n. 1/A e sez. Basilicata 10 dicembre 1998, n. 11/99/EL, est. Sciascia.

³²¹ I profili di rilevanza afferenti al regime giuridico delle predette società su cui occorre soffermarsi sono le modalità di costituzione; la fase dell'organizzazione; la natura dell'attività svolta; il fine perseguito. I principi enunciati nel paragrafo sono stati desunti testualmente da C.d.S., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

³²² L'applicazione di questo statuto implica, altresì, che, in ossequio alle prescrizioni imposte dal diritto europeo per tutelare la concorrenza (in particolare artt. 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), deve essere assicurato il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione – al di fuori dei casi in cui si debba garantire la «missione pubblica» (art. 106, secondo comma) nel settore dei servizi pubblici – di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali.

Invece, le seconde si configurano come organismi di diritto pubblico, di derivazione comunitaria; in tal caso l'organizzazione dell'ente deve necessariamente essere caratterizzata dalla c.d. influenza pubblica che, si può avere quando ricorrono le seguenti alternative condizioni: a) l'attività è finanziata in modo maggioritario da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico; b) la gestione è soggetta al controllo di questi ultimi; c) l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (art. 3, d.lgs. n. 163/2006).

Inoltre, l'attività dell'organismo di diritto pubblico deve avere «carattere non industriale o commerciale»³²³; talché i compiti dell'ente vengono svolti non con metodo economico, bensì mediante l'esercizio di un'attività che non implica assunzione del rischio di impresa³²⁴.

Lo scopo dell'ente, infine, è costituito dall'esigenza di «soddisfare specificamente esigenze di interesse generale» (art. 3, d.lgs. n. 163/2006)³²⁵.

In presenza di tali caratteri, la società partecipata riveste la natura di organismo di diritto pubblico, con la conseguenza che l'attività che pone in essere è un'attività amministrativa soggetta in quanto tale allo statuto della pubblica amministrazione ed alla giurisdizione del giudice amministrativo³²⁶, ferma restando la giurisdizione della Corte dei conti per responsabilità amministrativa.

Qualora la società svolga attività promiscua – amministrativa e di impresa – è

³²³ La presenza di tale carattere è desunta, in primo luogo, dalla peculiare connotazione “interna” dell'assetto societario e, in particolare, dall'esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo. In secondo luogo, elemento “esterno”, di valenza indiziaria, dell'assenza del metodo economico può essere costituito dal contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate. La mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori. Quando si accerta che manchi effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa (cfr., tra le tante, Corte di giustizia CE, 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99).

³²⁴ V. Cass. SS.UU. 9 maggio 2011, n. 10068.

³²⁵ Si tratta di una nozione di matrice comunitaria che, trasposta sul piano interno, significa che l'organismo deve perseguire esclusivamente gli interessi pubblici previsti dalle normative di settore.

³²⁶ La società del genere, pertanto, nel campo dei contratti pubblici, deve essere qualificata quale «amministrazione aggiudicatrice» e deve, in particolare, rispettare, da un lato, le regole procedurali contenute nel codice dei contratti pubblici ovvero, in presenza di un contratto diverso da quelli previsti dal codice, i principi generali a tutela della concorrenza per il mercato nella scelta del contraente, dall'altro le regole processuali contenute nel codice del processo amministrativo e dunque anche di quelle che attribuiscono la giurisdizione al giudice amministrativo (artt. 7 e 133, comma 1, lett. e).

necessario assicurare il rispetto del principio di distinzione tra le due attività al fine di evitare che i vantaggi derivanti dall'operare come pubblica amministrazione possano essere trasposti nel settore in cui lo stesso soggetto svolge attività di impresa alterando così il principio di equiordinazione tra imprese pubbliche e private posto a presidio del rispetto delle regole della concorrenza³²⁷.

Dunque, elementi comuni tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico attengono all'impiego dello strumento societario, e dunque alla fase di costituzione, nonché all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Le differenze tipologiche riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell'attività – economica e non economica – e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro. Esiste poi un elemento costituito dall'influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie: mentre per l'organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell'ente, per l'impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall'art. 2449 c.c. [modificato nel 2008 come precisato sopra], dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria.

Sussiste, infine, un altro modello di società partecipata, anche non maggioritaria, diverso dall'organismo di diritto pubblico, che si caratterizza per il fatto che oggetto dell'attività è «la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza» (art. 32, d.lgs. n. 163/2006). L'elemento qualificante per ritenere che la società agisca nell'esercizio di poteri pubblici è in questo caso rappresentato dal fatto che, come risulta chiaramente dalla riportata definizione codicistica, la relativa attività non si inserisce in un mercato concorrenziale, venendosi quindi ad applicare, anche in questo caso il regime giuridico degli organismi di diritto pubblico.

Interessante appare una recente giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione, che riconosce la giurisdizione della Corte dei conti³²⁸, secondo cui, nel

³²⁷ Cfr., sia pure con riguardo a fattispecie diverse da quella in esame, Corte cost. n. 326 del 2008; Cons. Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17.

³²⁸ SS.UU.CC. sentenza 26283 in data 25 novembre 2013, con nota critica di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società in house providing*, in *Società* n. 1/2014, 55 ss.

La sentenza in esame è epocale, non tanto perché afferma, per la prima volta, la giurisdizione del giudice contabile sulle società a partecipazione pubblica c.d. *in house providing*, ma perché arriva a questo risultato mediante “lo squarcio del velo della personalità giuridica della società”. Da questo punto di vista la sentenza può avere effetti sistemici ben più rilevanti di quelli diretti. In buona sostanza la Cassazione riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità ad amministratori e sindaci delle società *in house* costituite da enti locali per la gestione dei servizi pubblici e non lo fa mediante la riqualificazione della società in ente pubblico, ma qualificando la stessa società come un'articolazione della P.A. da cui promana. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici, sarebbero preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla P.A. e a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio. Non ci sarebbe, dunque, un rapporto di alterità tra l'ente pubblico e la società *in house* che configurerebbe una sorta di patrimonio separato e non un'autonoma persona giuridica.

dettaglio, la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della stessa Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria prevalenza in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

La surriferita costruzione razionale ed equilibrata ha trovato un parziale recepimento nel T.U. di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n.175, con alcune deviazioni comunque non secondarie.

Infatti si è distinto preliminarmente tra le società *in house* e le restanti partecipate, in ragione della sottoposizione o meno delle stesse ad un controllo analogo a quello previsto per le articolazioni interne dell'ente partecipante.

Il "controllo" de quo non consiste nell'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulle scelte degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio pure unico, in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale³²⁹.

In particolare l'influenza determinante si rivolge sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata.

Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante (art. 2, comma 1, lett. c) o essere svolto congiuntamente dagli enti compartecipanti (cit. lett. d).

Per le partecipate che siano statutariamente sottoposte a controllo analogo, cioè quelle *in house*, si è espressamente prevista, fintanto che duri tale loro particolare status (art. 16, comma 7), la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di amministratori e dipendenti delle medesime società danneggiate (art. 12, comma 1, primo periodo).

Ancorché il testo legislativo si riferisca, oltre che ai dipendenti, agli amministratori, l'espressione va considerata in senso lato conformemente d'altronde al periodo precedente, quale esponenti della governance societaria, cioè i componenti degli organi di amministrazione e controllo.

In dottrina, (cfr. F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società in house providing*, cit.), pur condividendo il risultato del riconoscimento della giurisdizione contabile, non si è condiviso il percorso che passa attraverso un approccio che può avere effetti indiretti destabilizzanti per il sistema del diritto delle società, laddove sarebbe stato possibile ricorrere alla disciplina comune della responsabilità da abuso di direzione e coordinamento sulle partecipate (artt. 2497 ss.) ed in particolare alla responsabilità c.d. "aggiuntiva" di chiunque prenda parte al fatto lesivo (organi dell'ente ed organi della società).

³²⁹ Cass. SS.UU.CC. cit., n. 26283.

Parimenti alla responsabilità specifica per gli amministratori, sindaci e dipendenti della società *in house*, si aggiunge quella esclusiva o concorrente degli esponenti degli enti partecipanti per danni alla società partecipata, specialmente di quelli chiamati ad esercitare il controllo analogo di cui sopra, compresi gli esponenti della persona giuridica eventualmente intermediaria del controllo analogo (art. 2 comma 1, lett. c).

Anzi queste interferenze gestionali possono svolgere un ruolo assorbente, specie se le indicazioni vincolanti de quibus siano dettagliate.

Infatti questi ultimi, secondo il medesimo costrutto legislativo, influenzando istituzionalmente ed in maniera determinante la fissazione degli obiettivi strategici e delle decisioni significative della società controllata, in un certo senso si configurano essi stessi quali amministratori della società *in house*.

Il loro diretto coinvolgimento può anche dipendere in via omissiva dal non aver correttamente istituito o anche effettivamente svolto il controllo analogo, lasciando le scelte imprenditoriali all'arbitrio degli esponenti della società.

Ma gli amministratori, revisori dei conti e dipendenti degli enti partecipanti, oltre che ad incorrere e concorrere nella c.d. responsabilità "imprenditoriale" propria di chi gestisce società strettamente strumentali come quelle *in house*, sono soggetti alla comune responsabilità amministrativa nei confronti degli enti di appartenenza, ove mai abbiano a questi provocato danni patrimoniali o non (ipotizzabile è quello all'immagine) nell'esercizio delle loro competenze amministrative connesse alla gestione dei servizi pubblici.

In tutte queste ipotesi, non sono state specificate dal T.U. n. 175/2016 differenziazioni rispetto al regime ordinario della responsabilità gestoria, talché si applica la normativa sostanziale e procedurale prevista per la generalità delle pubbliche amministrazioni.

In mancanza di specifici confini legislativi il sindacato giurisdizionale su tali società, quindi, si estende dagli aspetti organizzativi a quelli funzionali, ed in particolare alle scelte imprenditoriali, in quanto non risulta applicabile il limite del merito e della discrezionalità imposto al giudice contabile a tutela della sfera rimessa costituzionalmente alla pubblica amministrazione.

Non sfugge che la verifica giudiziale da parte della Corte dei conti può svolgersi non solo sulla legittimità/legalità formale e sostanziale, bensì anche e soprattutto sull'economicità, razionalità, ragionevolezza, ecc. delle scelte imprenditoriali ed organizzative dei servizi, laddove non sia configurabile lo svolgimento di attività amministrativa in senso tecnico.

Soggetto danneggiato, e quindi beneficiario dell'eventuale risarcimento, è la medesima società, nel cui interesse potrà agire la procura della Corte dei conti, salvo il caso dei danni inferti direttamente all'ente partecipante dai suoi esponenti.

In tal modo il legislatore ha recepito un ormai consolidato orientamento del giudice delle giurisdizioni in ordine alla natura giuridica della società *in house*³³⁰;

³³⁰Cass. cit., n. 26283/2013.

per tale si intende quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

Invero le società in house hanno della società solo la forma esteriore, ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi.

Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società.

Gli organi delle società in house sono preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, sicché è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

Non essendo possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, si conclude che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferito al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità.

Occorre però osservare che non esiste una categoria logico-giuridica individuabile come società in house, trattandosi di modalità organizzativa dei rapporti interni con l'ente pubblico, che consente affidamenti diretti in deroga alle disposizioni sulla concorrenza.

La circostanza poi della possibilità di perdere tale caratteristica, attraverso una semplice rinuncia da parte degli organi societari, accentua tale anomalia.

Appare discutibile in particolare, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, che la sottoposizione ad una giurisdizione sia fatta dipendere, come previsto dal combinato disposto, dalla decisione "interna" di rinunciare agli affidamenti diretti (art. 16, commi 6 e 7 T.U.), considerando che anche tale scelta discrezionale può essere essa stessa foriera di pregiudizi sia per la società che per gli enti partecipanti.

Tanto più che le società a partecipazione totalitaria pubblica non sottoposte a controllo analogo, pur costituendo evidenti strumenti operativi della P.A. anche in settori strategici, sono escluse di per sé dalla tutela giurisdizionale della Corte

dei conti, pur trattandosi di analoga modalità di utilizzazione di fondi pubblici per la cura di interessi pubblici.

Su tali aspetti occorrerà una riflessione da parte della giurisprudenza ed un ripensamento da parte del legislatore per superare la mostruosità di un sistema del genere³³¹.

Il regime sopra riferito, nel costruito legislativo del T.U. n. 175/2016, non trova applicazione per le restanti società partecipate, ancorché alcune di esse si presentino ampiamente strumentali agli enti pubblici.

Comunque tutte le partecipazioni pubbliche sono tutelate come tali, nel senso che la misura della quota partecipativa costituisce il limite percentuale al danno risarcibile da parte degli esponenti degli enti partecipanti “o comunque dei titolari del potere di decidere per essi”.

Per le società con esclusiva partecipazione pubblica non sottoposte a controllo analogo evidentemente l'eventuale danno non trova alcun limite percentuale, talché la nuova disciplina si risolve in un'ingiustificata irresponsabilità, almeno in sede contabile, di amministratori e dipendenti di un'impresa che pure esercita un ruolo strumentale per le competenze degli enti partecipanti.

Il danno conoscibile è sia quello patrimoniale, cioè economicamente valutabile, che quello non patrimoniale.

Soggetti attivi della pretesa sono chiaramente gli enti danneggiati, titolari della partecipazione e non la società partecipata, che rimane estranea alla vicenda giuridiziarica.

Soggetti passivi della stessa sono tutti coloro che, in qualunque modo, abbiano inciso su aspetti della gestione delle quote determinando pregiudizi (alla società in quanto tale e in via mediata) agli enti soci, attraverso comportamenti illeciti, cioè *contra legem* ovvero palesemente inadeguati; quindi possono essere coinvolti anche coloro che si siano inseriti arbitrariamente quali funzionari di fatto in tali vicende.

Sono quindi esclusi in via di massima gli esponenti della società partecipata, in quanto gli stessi sono investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società, salvo che assumano il ruolo di funzionari di fatto degli enti partecipati.

Per incorrere in questa particolare forma di responsabilità, tutti questi soggetti devono aver provocato un danno patrimoniale o non patrimoniale, pregiudicando direttamente o indirettamente il valore della partecipazione con qualunque comportamento illecito, tra cui viene individuato a livello legislativo l'ipotesi del disinteresse doloso o gravemente colposo nell'esercizio dei diritti del socio pubblico (art. 12, comma 2).

Rientrano nella categoria dei potenziali responsabili, in ragione dei loro compiti istituzionali, gli amministratori, i componenti gli organi di controllo e i di-

³³¹ F. FIMMANÒ, *La società in house tra giurisdizione, responsabilità e insolvenza*, su *Gazzetta forse*, n. 1, gennaio-febbraio 2014, 12 ss.

pendenti degli enti pubblici partecipanti nonché delle società stesse, compresi i funzionari di fatto.

Va preso atto che sono espressamente devolute alla giurisdizione della Corte dei conti le controversie in materia di danno erariale per le ipotesi dannose su descritte (art. 12, comma 2, ultimo periodo).

L'ampia dizione utilizzata dalla legge, che non limita la giurisdizione della Corte dei conti ad una specifica tipologia processuale, consente di ritenere pienamente ammissibile, oltre quello di responsabilità, anche il giudizio ad istanza di parte e soprattutto il giudizio di conto.

Anzi il giudizio di conto – nei confronti dei soggetti che rivestono il ruolo di agente contabile, ossia di coloro che detengono per conto dell'ente i titoli partecipativi, o che ne esercitano i connessi poteri in assemblea o lo rappresentino negli altri organi di governance societaria – costituisce la modalità più diretta per evidenziare, in via generalizzata ed ordinaria, pregiudizi del genere, consistenti in una variazione negativa del valore delle quote, da intendersi non tanto nel senso formale, bensì soprattutto sostanziale.

Infatti più che le variazioni del capitale possono rilevare depauperamenti nel patrimonio netto della società che si riverberano sull'effettivo valore delle partecipazioni.

Tali aspetti rientrano più propriamente nella nozione di responsabilità contabile in senso stretto, che può essere oggetto del giudizio di responsabilità e di quello di conto.

Possono infine ipotizzarsi controversie rientranti nei giudizi ad istanza di parte, quali l'accertamento negativo di responsabilità, ecc.

Questa forma di responsabilità si aggiunge a quella generalmente prevista, allorché si configuri un vero e proprio rapporto di servizio tra enti pubblici e società partecipate o non; in tal caso soggetti passivi sono la società stessa e coloro che (amministratori, ecc.) si siano arbitrariamente inseriti anche in via di fatto nella gestione dannosa.

8. *Le responsabilità sanzionatorie nelle gestioni pubbliche. Il nuovo sistema di responsabilità pecuniaria. Le responsabilità personali negli enti locali*

Profili particolari rispetto all'ordinaria responsabilità gestoria si ritrovano in alcune disposizioni³³², che ne accentuano l'aspetto sanzionatorio-punitivo, pre-

³³² Ipotesi del genere sono:

a) indebitamento per spese diverse da quelle di investimento con la previsione della nullità degli atti e dei contratti e dell'applicazione nei confronti degli amministratori della sanzione da un minimo di 5 a un massimo di 20 volte l'indennità di carica percepita al momento della violazione (art. 30, comma 15, l. n. 289/2002);

b) pagamento di compensi professionali in misura superiore al limite di legge costituito dalla retribuzione del Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione; è previsto, a carico di ammini-

vedendo una conseguenza pecuniaria – peraltro, a carico non solo di chi ha disposto al riguardo ma, in alcune ipotesi, anche dei beneficiari con vincolo di solidarietà – non corrispondente ad un effettivo danno arrecato all'amministrazione, bensì rapportato a valori astratti; a volte vi è anche la sanzione ulteriore della nullità dei connessi atti e contratti³³³.

Va rilevato che non possono farsi rientrare in questa nuova categoria in espansione le ipotesi legislative in cui non viene espressamente stabilita la sanzione, limitandosi genericamente la norma a descrivere l'illecito gestorio a carattere risarcitorio-patrimoniale³³⁴.

Le sempre più numerose ipotesi di responsabilità sanzionatorio-pecuniaria hanno, per loro natura, carattere assolutamente tipico³³⁵.

stratori di società a partecipazione pubblica e dei relativi beneficiari, il pagamento di una somma pari a dieci volte l'ammontare della cifra massima consentita (art. 1, comma 593, l. n. 296/2006); il limite che fa scattare tale anomala forma di responsabilità "formale" non risulta precisamente determinato dalla legge, che non specifica se bisogna riferirsi alla "pura" ed astratta retribuzione tabellare della qualifica e se vanno computate tutte le indennità;

c) stipulazione da parte di amministrazioni o enti pubblici di contratto di assicurazione per la copertura del rischio derivante dalla responsabilità amministrativo-contabile, con previsione della nullità del contratto medesimo (art. 3, comma 59, l. n. 244/2007 – finanziaria 2008) e della sanzione, per l'amministratore in solido con il beneficiario della copertura assicurativa, a titolo di danno erariale, del pagamento di una somma pari a 10 volte l'ammontare dei premi stabiliti nel contratto.

³³³ Appare indubbio che tale crescente previsione legislativa va determinando un vero e proprio sistema tipizzato di figure di responsabilità sanzionatoria, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie sanzionatorie già conosciute dall'ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti: sistema che si affianca, nella tutela delle risorse pubbliche, a quello tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni a volte meglio specificato da ipotesi tipiche risarcitorie: C. conti SS.RR., n. 12/QM/2007 del 27 dicembre 2007, est. Miele.

³³⁴ Così la fattispecie prevista dall'art. 12 (per violazione di obblighi di comunicazione) del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, conv. legge 14 settembre 2011, n. 148, che non prevede una sanzione specifica con la qualificazione di responsabilità.

³³⁵ Costituiscono ipotesi di responsabilità amministrativa sanzionatoria:

a) la fattispecie di cui all'art. 30 comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), la quale prevede che «qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli», aggiungendo, nella seconda parte della norma, che «le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione»;

b) la fattispecie di cui all'art. 1, comma 593 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), nel prevedere che «la retribuzione dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, dei consulenti, dei membri di commissioni e di collegi e dei titolari di qualsivoglia incarico corrisposto dallo Stato, da enti pubblici o da società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa, non può superare quella del primo presidente della Corte di cassazione [...]» dispone espressamente che «In caso di violazione, l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso in solido, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita»;

c) la fattispecie di cui all'art. 3, comma 54, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), la quale, nel modificare l'art. 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e nel prevedere che le pubbliche amministrazioni «sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti (di conferimento di incarichi a soggetti estranei all'amministrazione) completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato», stabilisce espressamente che «in caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto»;

d) la fattispecie di cui all'art. 3, comma 56, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), dove si prevede una forma di «responsabilità erariale» nel caso in cui l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione avvenga in violazione delle disposizioni regolamentari che gli enti locali sono tenuti ad adottare ai sensi dello stesso comma 56 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008;

e) la fattispecie di cui all'art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), nel prevedere «la nullità del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile», e che «i contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008», stabilisce espressamente che «in caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo»;

f) la fattispecie di cui all'art. 3, comma 79, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), nel sostituire il testo dell'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che prevede al comma 11 di tale articolo, che «le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate», che «le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università», e che «gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296», stabilisce espressamente che «l'utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto», e che «la violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento»;

g) la fattispecie di cui all'art. 11, comma 6, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. legge 14 settembre 2011, n. 148 (manovra economico-finanziaria agosto 2011), secondo cui «Ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale. Restano escluse dall'applicazione del presente comma le procedure di approvvigionamento già attivate alla data di entrata in vigore del presente provvedimento»;

h) la fattispecie prevista dall'art. 20, comma 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. legge 14 settembre 2011, n. 148, la quale, inserendo all'art. 1, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, il comma 111-ter, prevede che «Qualora le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano, agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di

Quanto alla base oggettiva di tale illecito, la condotta commissiva o omissiva, deve corrispondere a quella tipicamente descritta dalla legge, mentre l'antigiuridicità è *in re ipsa*, essendo limitata a specifiche ipotesi comportamentali ben delineate dalla legge; dunque si realizza la sovrapposizione della fattispecie concreta con quella astrattamente prevista.

Il rapporto funzionale che lega i partecipanti all'illecito all'amministrazione danneggiata, a sua volta, non è dissimile da quello della comune responsabilità risarcitoria.

Manca indubbiamente l'evento almeno inteso naturalisticamente come effettivo depauperamento della finanza o del patrimonio pubblico, con irrilevanza, quindi, del rapporto eziologico³³⁶.

stabilità interno, la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di dieci volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico-finanziario, una sanzione pecuniaria fino a 3 mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali);

i) la fattispecie di cui all'art. 46 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (recante "Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti"), la quale, nell'ambito del procedimento per resa di conto, stabilisce che «spirato il termine stabilito dalla Corte, questa, citato l'agente dell'amministrazione ad istanza del pubblico ministero, può condannarlo a ragione della mora, ad una pena pecuniaria non maggiore della metà degli stipendi, degli aggi e delle indennità al medesimo dovute, e quando esso non goda di stipendi, di aggi e di indennità può condannarlo al pagamento di una somma non maggiore di lire 2 milioni» (art. 46, comma 1, R.D. n. 1214/1934);

l) La fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, lett. e del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 conv. con modifiche da l. 7 dicembre 2012, n. 213 (recante "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012"), secondo cui «In caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di cui al secondo periodo del comma 1 del presente articolo, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, e dai commi 5 e 5-bis dell'articolo 248 del presente testo unico, le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione»;

m) la fattispecie di cui all'art. 248, comma 5, ultimo periodo, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 modificato dall'art. 3 comma 1, lett. e del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 conv. con modif. da l. 7 dicembre 2012, n. 213, secondo cui «Ai medesimi soggetti (ndr "amministratori che la Corte dei conti ha riconosciuto, anche in primo grado, responsabili di aver contribuito con condotte, dolose o gravemente colpose, sia omissive che commissive, al verificarsi del dissesto finanziario"), ove riconosciuti responsabili, le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione»;

n) la fattispecie di cui all'art. 248, comma 5-bis, ultimo periodo, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, modificato dall'art. 3, comma 1, lett. e del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. con modif. da l. 7 dicembre 2012, n. 213, secondo cui «Ai medesimi soggetti (ndr. componenti del collegio dei revisori dei conti di enti locali), ove ritenuti responsabili (ndr. con carattere di gravità "nello svolgimento dell'attività [...] o ritardata o mancata comunicazione), le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione».

³³⁶ Volendo intendere l'evento in senso giuridico, come lesione o messa in pericolo del valore

Quanto all'entità della somma oggetto della sanzione, va rilevato che le disposizioni specifiche la determinano a volte in maniera fissa – con riferimento esplicito o implicito ad un dato elemento connesso – ed a volte tra un minimo ed un massimo³³⁷.

La natura dell'illecito *de quo* impedisce l'applicazione del potere riduttivo.

La struttura dell'illecito in esame si completa con il riferimento soggettivo, cioè la *suitas*, concretantesi nella colpa grave o nel dolo.

In ordine alla gravità della colpa si sono registrate posizioni divergenti in giurisprudenza, ritenendosi da alcune sezioni che fosse sufficiente la colpa lieve³³⁸, anche riferendosi all'art. 3, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689³³⁹, e da altre che occorresse la colpa grave alla pari dell'illecito amministrativo risarcitorio³⁴⁰.

È prevalsa a livello nomofilattico³⁴¹ la seconda tesi sul presupposto formale che «la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità, nel merito, delle scelte discrezionali» (art. 1, comma 1, l. n. 20/1994 come modificato dall'art. 3, comma 1, l. n. 639/1996).

La soluzione appare preferibile in ragione dell'uniformazione con la responsabilità amministrativa risarcitoria e del rispetto delle esigenze di garanzia per chi opera nel settore amministrativo in condizioni spesso non facili.

protetto dalla norma, peraltro in diretta attuazione della Costituzione, può concludersi che esso deve ricorrere comunque nelle fattispecie sanzionatorie ed essere collegato al comportamento vietato. L'evento si concreta invero, nelle ipotesi di responsabilità gestoria sanzionatoria, in un danno "pubblico" non direttamente quantificabile, ma che viene a turbare equilibri di bilancio e politiche finanziarie di contenimento del deficit. In tal modo si soddisfa il principio di offensività in astratto del fatto vietato, che deve trovare però un riscontro in concreto con la definizione del momento consumativo dell'illecito medesimo (c.d. offensività in concreto).

³³⁷ Per quanto si prescinda da un effettivo pregiudizio subito dall'amministrazione, esso comunque sussiste ancorché potenziale e di carattere metagiuridico, talché non costituisce una semplice punizione bensì anche e, soprattutto, un tentativo di riequilibrio del sistema.

³³⁸ V. C. conti, sez. Lazio, 20 dicembre 2005, n. 3001, secondo cui: «Al riguardo si osserva, innanzitutto, che non appare consono ritenere che, anche per detta fattispecie sanzionatoria, debba applicarsi la limitazione alla colpa grave prevista per la comune responsabilità amministrativa».

³³⁹ V. C. conti, sez. Sicilia, 7 novembre 2006, n. 3198, secondo cui l'unica norma che presenta una forza espansiva tale da imporsi anche in relazione al caso in esame è dunque l'art. 3, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, che prevede che «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Nello stesso senso C. conti, sez. Marche, 14 marzo 2007, n. 151.

³⁴⁰ V. C. conti, sez. Umbria, 8 maggio 2007, n. 128, nel richiedere la gravità della colpa, precisa ulteriormente come il grado della colpa «vada rapportato allo sforzo di diligenza impiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, e ne segua l'andamento in termini proporzionalmente inversi. Quanto maggiore, cioè, è lo sforzo di diligenza dispiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, tanto minore sarà il grado della colpa e viceversa: il livello di massima gravità è costituito dalla mancanza di una qualsivoglia iniziativa per conoscere la natura delle spese in questione».

³⁴¹ V. C. conti SS.RR. 27 dicembre 2007, n. 12/QM/2007, est. Miele.

In ragione del grave e diffuso fenomeno dell'insolvenza di numerosi comuni e qualche provincia, sono state introdotte ipotesi di illecito gestorio per provocato dissesto con conseguenze inibitorie a carattere né patrimoniale-risarcitorio né sanzionatorio-pecuniario, ma esclusivamente personale, direttamente irrogate dalla Corte dei conti come sanzione autonoma³⁴² o come sanzione accessoria ad una condanna patrimoniale contestualmente disposta³⁴³.

La responsabilità *de qua* consegue al dissesto dell'ente territoriale.

La legge non fornisce una definizione univoca di dissesto valevole sia per le regioni che per gli enti locali, o più in generale per tutti gli enti pubblici³⁴⁴.

Per comuni e province consiste nella mancanza dei mezzi finanziari necessari per assolvere alle funzioni ed ai servizi indispensabili ovvero per far fronte a debiti liquidi ed esigibili con i mezzi ordinariamente ammessi (d.lgs. n. 267/2000, art. 244, comma 1); essa deve essere necessariamente dichiarata dall'organo consiliare (cit. comma 2).

La *ratio legis* è, comunque, di salvaguardare la finanza pubblica attraverso meccanismi sanzionatori, che inducano i partecipanti alla *governance* territoriale ad adottare comportamenti virtuosi, riportando la situazione ad una corretta e sana gestione³⁴⁵.

In caso di dichiarazione di dissesto³⁴⁶ di province e comuni si è privilegiato il

³⁴² Art. 3, comma 3 ed art. 6, comma 1, d.lgs. n. 149/2011 penultimo ed ultimo periodi.

³⁴³ Art. 248, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 sost. dall'art. 6, comma 1, primi tre periodi, d.lgs. n. 149/2011.

³⁴⁴ Va rilevato che il meccanismo del dissesto tende ad una generalizzazione a tutti gli enti pubblici, che si vengano a trovare in situazione deficitaria, come è dimostrato dalla previsione di un sistema analogo nei confronti delle Università con il d.lgs. 27 ottobre 2011, n. 199, che però non dispone sanzioni di alcun genere a carico dei responsabili del dissesto, anche se contempla un obbligo di comunicazione degli atti fondamentali della procedura alla procura regionale della Corte dei conti indicando come strada l'accertamento di eventuali responsabilità risarcitorie nella rovinosa gestione *de qua*.

³⁴⁵ Sono state così graduate le sanzioni personali in relazione al livello della carica in considerazione, individuandone tre tipologie in cui il coinvolgimento della Corte dei conti risulta diversificato dal punto di vista procedurale: si tratta della rimozione del presidente della regione, della interdizione di amministratori locali e dell'interdizione di revisori dei conti. In tutte e tre le tipologie va rilevato che la base per la valutazione delle responsabilità per il dissesto è l'analisi della gestione del periodo precedente alla dichiarazione di tale stato di insolvenza, che costituisce anche oggetto delle attività di autonoma verifica della sezione regionale di controllo (art. 6, comma 2, d.lgs. n. 149/2011 ed art. 14, co. 1, lett. d, secondo periodo, l. n. 196/2009), le cui relazioni possono essere ben utilizzate nelle forme ammesse dalla normativa processuale. Costituiscono fattispecie di illecito gestorio con conseguenze a carattere personale quella dei presidenti di regione, degli amministratori degli enti locali, nonché dei revisori di regioni, province e comuni e degli enti dipendenti da essi.

³⁴⁶ D.lgs. n. 267/2000, art. 244, comma 1: «1. Si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'articolo 193, nonché con le modalità di cui all'articolo 194 per le fattispecie ivi previste».

meccanismo della sanzione accessoria automaticamente derivante da una sentenza di condanna, anche in primo grado, di amministratori locali per danni gestionali causativi di dissesto finanziario dell'ente stesso (art. 248, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 sostituito prima dall'art. 6, comma 1, primi tre periodi, d.lgs. n. 149/2011 e poi dall'art. 3, lett. s, d.l. n. 174 conv. con modif. da l. n. 213/2012).

Agli amministratori riconosciuti responsabili, in sede di ordinario giudizio di responsabilità amministrativa a carattere risarcitorio, di danni provocati all'ente di appartenenza con dolo o colpa grave, a prescindere dalla data del verificarsi del dissesto finanziario, si applica infatti *ope legis* una sanzione accessoria a carattere personale, consistente in una limitazione della capacità soggettiva a ricoprire determinate cariche pubbliche, rafforzata di recente con una aggiuntiva sanzione pecuniaria³⁴⁷.

Costoro, infatti, non possono ricoprire, per un periodo di dieci anni³⁴⁸, incarichi di assessore, di revisore dei conti di enti locali e di rappresentante di enti locali presso altri enti, istituzioni ed organismi pubblici e privati, ove la Corte dei conti, valutate le circostanze e le cause che hanno determinato il dissesto, accerti che questo è diretta conseguenza delle azioni o omissioni per le quali gli amministratori sono stati riconosciuti responsabili (art. 248, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 modif. art. 6, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 149/2011)³⁴⁹.

D.lgs. n. 267/2000 art. 246 commi 1 e 2: «1. La deliberazione recante la formale ed esplicita dichiarazione di dissesto finanziario è adottata dal consiglio dell'ente locale nelle ipotesi di cui all'articolo 244 e valuta le cause che hanno determinato il dissesto. La deliberazione dello stato di dissesto non è revocabile. Alla stessa è allegata una dettagliata relazione dell'organo di revisione economico finanziaria che analizza le cause che hanno provocato il dissesto. 2. La deliberazione dello stato di dissesto è trasmessa, entro 5 giorni dalla data di esecutività, al Ministero dell'interno ed alla Procura regionale presso la Corte dei conti competente per territorio, unitamente alla relazione dell'organo di revisione. La deliberazione è pubblicata per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana a cura del Ministero dell'interno unitamente al decreto del Presidente della Repubblica di nomina dell'organo straordinario di liquidazione».

³⁴⁷ L'art. 3 lett. s del d.l. n. 174/2012 conv. con modif. da l. n. 213/2012 ha rafforzato il sistema sanzionatorio in tali casi; infatti, pur confermando in linea generale l'impianto precedente dell'art. 248, ha soppresso il limite temporale dei cinque anni precedenti il dissesto accertato dalla magistratura contabile, ha inserito l'espresso richiamo alle condotte omissive rilevanti ai fini delle cause ostative a ricoprire determinati incarichi ivi previste ed ha introdotto una sanzione pecuniaria da irrogare nei confronti degli amministratori giudicati responsabili dalle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti.

³⁴⁸ Per i dissesti finanziari dichiarati precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149 (cioè il 5 ottobre 2011) il termine rimane di cinque anni come nella originaria previsione dell'art. 246 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

³⁴⁹ Ulteriore conseguenza a carico dei soli sindaci e presidenti di provincia riconosciuti allo stesso modo responsabili è la loro incandidabilità per un periodo di dieci anni alle cariche di sindaco, di presidente di provincia, di presidente di giunta regionale, nonché di membro dei consigli comunali, dei consigli provinciali, delle assemblee e dei consigli regionali, del Parlamento e del Parlamento europeo, oltre la loro interdizione per il medesimo periodo dalla carica di assessore comunale, provinciale o regionale ovvero da alcuna carica in enti vigilati o partecipati da enti pubblici (art.

Sempre in caso di dissesto, i componenti dei collegi dei revisori dei conti di enti locali possono essere sottoposti ad un autonomo giudizio innanzi alla Corte dei conti per l'accertamento di loro gravi responsabilità nello svolgimento della loro attività istituzionale o di mancate comunicazioni previste dalla legge (d.lgs. n. 149/2011, art. 3, comma 3, e art. 6, comma 2, terzo e quarto periodo)

All'esito dell'accertamento di siffatta responsabilità ed in ragione della sua gravità, i revisori sono condannati dalla stessa Corte ad una sanzione consistente nell'inibizione alla nomina in analoghi collegi di revisione fino a dieci anni³⁵⁰.

Ai medesimi soggetti, ove ritenuti responsabili, le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione.

L'illecito personale *de quo* presenta caratteristiche originali, che incidono sulla sua stessa struttura.

La base oggettiva appare più sfumata rispetto sia alla responsabilità risarcitoria che alla responsabilità sanzionatorio-pecuniaria³⁵¹, mentre la base soggettiva si presenta particolarmente importante, come un argine alla genericità e necessaria vaghezza del rapporto eziologico, in quanto risultano rilevanti ai fini *de quibus* solo le condotte dolose e gravemente colpose³⁵².

248, comma 5, secondo e terzo periodo, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 modif. art. 6, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149).

³⁵⁰ Inoltre, la Corte dei conti trasmette l'esito dell'accertamento anche all'ordine professionale di appartenenza dei revisori per valutazioni inerenti all'eventuale avvio di procedimenti disciplinari nonché al Ministero dell'interno per la conseguente sospensione dall'elenco di cui all'art. 16, comma 25, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148.

³⁵¹ Infatti, la condotta causativa posta in essere dagli amministratori degli enti locali, da un lato, non si concretizza generalmente in singoli comportamenti in sé pregiudizievoli, bensì in un modo dannoso di gestire la cosa pubblica, talché viene denominata dalla legge in modo enfatico "responsabilità politica" dei vertici delle istituzioni territoriali; dall'altro lato non è ben specificata dalla legge, che si limita ad un generico riferimento al risultato alla stregua di una clausola generale; si tratta di una serie di atti in sé anche formalmente legittimi che provocano una insana gestione conclusasi con il dissesto. Lo stesso è previsto per i revisori, la cui condotta censurabile si rinviene nella partecipazione a livello tecnico alla realizzazione del *default*, nel senso di non aver svolto correttamente il loro incarico evitando o limitando il risultato nefasto attraverso gli opportuni interventi e le comunicazioni di loro competenza. Solo al riguardo dei presidenti delle regioni, la legge definisce invece con maggiore precisione quali siano le due tipologie, peraltro chiaramente alternative, di condotta censurabili in sede giudiziale, di cui l'una assolutamente omissiva e specifica consistente nel mancata redazione, in tutto o in parte, del piano di rientro dal disavanzo sanitario strutturale, e l'altra commissiva, per omissione o per commissione, più genericamente consistente nell'inadempimento agli obblighi operativi, anche temporali, derivanti dal piano stesso. A differenza della responsabilità sanzionatorio-pecuniaria, in questa forma di illecito gestorio l'evento dannoso sussiste nella realtà fenomenica ed anzi lo caratterizza nella sua specificità.

³⁵² In tale ambito il dolo può emergere nella sua accezione contrattuale, come consapevolezza e volontà nel mantenere comportamenti che non possono non comportare un *default* o, per i revisori, nel

9. La responsabilità verso la P.A. nei Paesi dell'Europa continentale

9.1. Il sistema francese

Volgendo lo sguardo all'ordinamento francese giova segnalare che, fino a tutto il XIX secolo, nei casi in cui l'amministrazione veniva condannata al pagamento del danno, il funzionario finiva per non risponderne mai.

Infatti, l'amministrazione che aveva risarcito il danno provocato dal funzionario non aveva a sua disposizione validi strumenti giuridici per recuperare da questo ciò che aveva pagato al terzo, non potendo esercitare né un'azione in via surrogatoria né un'azione diretta contro il funzionario "infedele".

Quanto all'azione surrogatoria, in un primo tempo il Consiglio di Stato aveva inaugurato un orientamento con la nota sentenza Lemonnier³⁵³, in cui – nel condannare l'amministrazione pubblica a risarcire il danno, allorché il fatto generatore del danno sia stato oggetto o potesse esserlo di giudizio innanzi ai tribunali ordinari contro il funzionario autore del fatto – aveva affermato stentoreamente «sotto la riserva tuttavia che il pagamento sia subordinato alla sua surrogazione della vittima fino alla concorrenza della detta somma, nei diritti che risulteranno a suo favore dalle condanne che saranno pronunciate a suo profitto contro l'agente personalmente dall'autorità giudiziaria».

In pratica, però, il meccanismo surrogatorio non si era dimostrato efficace e non aveva contribuito ad assicurare che il funzionario rispondesse del danno a titolo di responsabilità patrimoniale. In primo luogo, perché si tratta di una surrogazione nei diritti che risultano dalle condanne pronunciate dai tribunali ordinari, e non già nei diritti della vittima ad esercitare un'azione contro il funzionario.

Pertanto, l'istituto era inapplicabile nella quasi totalità dei casi, in cui il danneggiato si fosse rivolto al Consiglio di Stato in via esclusiva senza coltivare l'azione presso i tribunali ordinari.

L'impossibilità, quindi, di ritrovare nell'ordinamento un utile strumento giurisdizionale per l'affermazione della responsabilità del funzionario rendeva quest'ultimo assolutamente irresponsabile anche per illeciti a carattere personale³⁵⁴.

Per completare il quadro della situazione del funzionario, occorre far cenno alle ipotesi di danni provocati direttamente dal funzionario alla stessa amministrazione³⁵⁵.

mancato consapevole svolgimento dei compiti di controllo. La gravità della colpa, a sua volta, deve risultare dalla continuità di un atteggiamento sprezzante di ogni canone di sana gestione finanziaria.

³⁵³ V. C.E. 26 luglio 1918, S.1918-1919-3-41.

³⁵⁴ Cfr. V.M. WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leur fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, in R.D.P. 1948, 1 ss.; M.R. CASSIN, *Introduction d'Et. e Doc. du Conseil d'Etat*, 1958, 15 ss., che afferma «Praticamente dei funzionari potrebbero lasciarsi andare ai comportamenti più disinvolti senza correre, sia dalle vittime, sia dalle collettività pubbliche, il minimo rischio di indennità da pagare o rimborsare».

³⁵⁵ V. Consiglio di Stato 20 febbraio 1885, n. 200, in cui si afferma «non appartiene all'autorità

Tale quadro istituzionale portò i Ministri a tentare solamente il recupero del danno in via amministrativa attraverso il sistema del recupero del credito in assenza di un'apposita previsione legislativa³⁵⁶, che invece sussisteva per alcune categorie particolari, quali gli agenti contabili.

In secondo luogo, nell'impostazione del Consiglio di Stato, la surrogazione *de qua* era volta ad evitare che la vittima beneficiasse di un doppio risarcimento, non a fornire all'amministrazione la possibilità di recuperare i propri fondi obbligando il funzionario a versare ad essa la somma che la stessa aveva corrisposto alla vittima.

Infatti, l'amministrazione veniva surrogata nei diritti riconosciuti eventualmente alla vittima in sede di giurisdizione civile, per impedire un ingiusto arricchimento del danneggiato.

A prescindere da un'azione surrogatoria, l'amministrazione avrebbe astrattamente la possibilità di intentare un'azione diretta contro il funzionario autore di una "*faute personnelle*".

Ma ciò non risulta mai avvenuto, salvo in un caso: si tratta della nota vicenda *Poursines*, in cui il Consiglio di Stato afferma che salvo espressa previsione di legge, l'azione³⁵⁷ diretta contro un funzionario è impossibile anche quando la collettività pubblica si propone solo di recuperare le somme in via di anticipazione pagate in relazione al carattere personale dell'illecito commesso.

La posizione del Consiglio di Stato non mutò stranamente anche dopo l'approvazione della legge 23 aprile 1898, che accordò ai Ministri la possibilità di emettere atti esecutivi notificabili a tutti i debitori dello Stato per i quali non sia previsto un modo speciale di recupero.

Il legislatore ha previsto talvolta che l'amministrazione possa esercitare un'azione diretta contro certi funzionari³⁵⁸.

Una svolta nella giurisprudenza francese sul punto risale alla nota sentenza *Delville*³⁵⁹, in cui il Consiglio di Stato affermò l'esistenza della solidarietà tra fun-

amministrativa, in assenza di un testo legislativo, di pronunciare sulla responsabilità pecuniaria degli amministratori».

³⁵⁶ V. Consiglio di Stato sentenze 20 febbraio 1895, n. 3/62 e 10 novembre 1899, n. 621.

³⁵⁷ V. Consiglio di Stato 28 marzo 1924, n. 357. Il caso: Un ufficiale, il sig. *Poursines*, durante la I guerra mondiale aveva dato l'ordine di fucilare un sospetto in condizioni del tutto illegali. Gli eredi della vittima avevano chiesto ed ottenuto dal Ministro della guerra una riparazione civile. Quindi, il Ministro aveva chiesto il rimborso al sig. *Poursines*, che si era così rivolto all'Alta giurisdizione amministrativa.

³⁵⁸ Il caso più rilevante è quello degli agenti contabili pubblici, previsto già con il decreto del 31 maggio 1862, di cui si discorrerà nel prosieguo.

³⁵⁹ V. Cons. di St. 28 luglio 1951, n. 464, in R.D.P. 1951, 1087: il sig. *Delville*, autista in servizio presso il Ministero della ricostruzione e dell'urbanistica, provoca un incidente alla guida di un camion di proprietà dell'amministrazione, peraltro dotato di sistema frenante difettoso. La vittima si rivolge ai tribunali ordinari, ottenendo la condanna personale del funzionario in quanto al momento dell'incidente si trovava in stato di ubriachezza. Il *Delville* quindi agisce

zionario autore del danno e amministrazione di appartenenza, verificandosi un caso di cumulo di “*faute personnelle*” e di “*faute de service*”.

Da tale considerazione se ne ricavò che il funzionario e l'amministrazione dovettero rispondere in definitiva innanzi alla giurisdizione amministrativa per la ripartizione finale del carico economico tra di essi, avendo ambedue contribuito al determinismo causale dell'evento lesivo.

Nella specie, dando applicazione alla teoria dell'equivalenza causale adottata costantemente dal Consiglio di Stato, il carico fu diviso in quote uguali tra le parti.

Il criterio di ripartizione era ritrovato nella gravità della colpa e non nella misura della partecipazione causale.

Tale posizione trova il suo fondamento in un intento moralizzatore del Consiglio di Stato, che tendeva a sanzionare il comportamento negligente del funzionario, piuttosto che a porre a carico di costui ciò che in realtà sarebbe spettato.

In tal modo era ammessa la possibilità di agire in giudizio per il rimborso parziale o totale di ciò che era stato pagato al terzo.

Un ulteriore progresso viene evidenziato dalla successiva sentenza *Laruelle*³⁶⁰, in cui il Consiglio di Stato ammette, per la prima volta, una azione diretta dello Stato contro un funzionario, indipendentemente dalla surrogazione, sostenendo la propria competenza giurisdizionale.

In tal modo, afferma la responsabilità di *Laruelle* in ragione del suo illecito personale, nonostante il difetto di sorveglianza dell'amministrazione.

Va osservato che viene affermata la sussistenza di una “*faute personnelle*” del funzionario per violazione dei suoi doveri di servizio (“*obligations fonctionnelles*”) e non in relazione alla sua condotta di autista.

Né si ammette che il medesimo possa avvantaggiarsi del difetto di vigilanza operato dall'amministrazione, in quanto l'uscita illegale del veicolo è stata resa possibile dal dolo del funzionario stesso, secondo il brocardo “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Ancora una volta il Consiglio di Stato afferma senza darne ragione la propria giurisdizione al riguardo, anche se la logica avrebbe voluto che competenti dovettero essere i tribunali ordinari, non differenziandosi la posizione dell'amministrazione da qualunque soggetto danneggiato.

contro lo Stato e chiede innanzi al Consiglio di Stato il rimborso della somma versata alla vittima.

³⁶⁰V. Cons. di St. 22 marzo 1957, n. 196: Il sig. *Laruelle* aveva investito la sig.ra *Marchand* con il veicolo militare di cui era autista, ma che utilizzava al di fuori del servizio ed a fini personali. La vittima si era rivolta al Consiglio di Stato, che condannò il 12 marzo 1948 lo Stato a riparare il danno, in quanto l'autorità militare non aveva preso le misure sufficienti per assicurare il controllo dell'uscita dei mezzi motorizzati custoditi nella autorimessa. Ma il Ministro decise di recuperare dal funzionario con atti esecutivi le somme pagate alla vittima, provocando un'opposizione del *Laruelle* presso il Consiglio di Stato. Questo rileva che «l'illecito del servizio pubblico è stato provocato dalle manovre poste in essere per indurre in errore il guardiano dei veicolo militari».

Le motivazioni di tale competenza del Consiglio di Stato furono fornite dal Tribunale dei conflitti nella famosa sentenza *Moritz*³⁶¹, in cui si chiarì trattarsi di controversia tra lo Stato e uno dei suoi funzionari.

Tale affermazione di giurisdizione però è stata contestata da una autorevole dottrina³⁶², secondo cui l'atto generatore di danno «cessa di essere l'atto di un agente amministrativo per essere quello di un semplice privato ed è precisamente perché è un atto privato che, allorché si tratta di ingaggiare la responsabilità del suo autore, i tribunali ordinari soli devono poter conoscere».

Si è anche voluto esaminare senza pregiudizi ideologici la questione³⁶³, affermando che in realtà la soluzione giurisprudenziale si fonda su considerazioni di ordine pratico, quale essenzialmente l'esigenza di concentrazione in un unico giudizio di tutti gli aspetti di un identico affare, evitando un possibile contrasto di giudicati.

Ne consegue che la motivazione di tale sentenza sembra una copertura teorica e pretestuosa per fornire una soluzione consigliata da ragioni pratiche.

Ma non manca chi³⁶⁴, invece, condivide la posizione del Tribunale dei conflitti a conferma di quella espressa dal Consiglio di Stato, in quanto – essendo il funzionario sottoposto a delle «obbligazioni fissate statutariamente dalle regole di diritto pubblico» – le infrazioni da questi commesse devono essere conosciute dal giudice dello statuto, ossia dal giudice amministrativo, cui spetta di apprezzare la “*faute*” anche commessa, che non è più “*quasi delittuosa ma statutaria*”.

Si è tentato, infine, di analizzare e sottoporre a critica tali posizioni³⁶⁵, sostenendo che gli errori derivano dall'unificare situazioni molto diversificate tra di loro.

³⁶¹ V. Tribunale dei conflitti 19 giugno 1959, S.1960, 59: L'autista dell'automobile di un colonnello riesce a far uscire il veicolo dal parco automobilistico, senza essere incaricato di alcuna missione. Altri quattro militari lo raggiungono ed insieme fanno una passeggiata. In seguito l'autista passa la guida ad uno dei commilitoni che, nel corso di un sorpasso irregolare, investe ed ammazza un ciclista. Il Ministro, dopo aver risarcito gli aventi causa della vittima, aveva notificato ai sei militari degli atti esecutivi ritenendoli solidariamente responsabili verso lo Stato della somma versata a titolo di risarcimento. Il sig. *Moritz*, semplice occupante passivo, aveva fatto opposizione davanti al tribunale civile, sostenendo che l'incidente mortale era dovuto esclusivamente alla “*faute*” del sig. *Lethenet*, che conduceva al momento l'automobile. Il Tribunale, dopo aver rigettato l'eccezione d'incompetenza sollevata dal rappresentante del Ministero del Tesoro, ammise la fondatezza della richiesta del *Moritz* ed annullò l'atto ingiuntivo esecutivo. Il Tesoro fece appello e, davanti alla Corte d'Appello di Digione, il Prefetto depositò una declinatoria di competenza. La Corte la rigettò perché lo Stato contestava a *Moritz* una “*Faute personnelle*”; pertanto, trattandosi di una lite tra lo Stato surrogantesi agli eventi diritto della vittima e il sig. *Moritz*, l'autorità giudiziaria ordinaria era competente. Il conflitto fu sollevato allora presso il Tribunale dei conflitti, che riconobbe la competenza della giurisdizione amministrativa, trattandosi di rapporto tra lo Stato ed uno dei suoi funzionari.

³⁶² CHAPUS, *op.cit.*, nn. 237, nota 4.

³⁶³ WEIL, *op. cit.*

³⁶⁴ Cfr. J. THERY, *Compétence et fond du Droit dans le contentieux de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires*, in *Etudes et Doc.* 1958, 73 ss.

³⁶⁵ Cfr. J-C. MAESTRE, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, cit., 281-282.

Infatti, il funzionario, quando agisce illegalmente con dolo o colpa grave nell'ambito del rapporto organico pubblicistico che lo lega all'amministrazione, si presenta certamente quale agente pubblico, essendo difficile configurarlo un semplice privato, anche se commette una "*faute personnelle*".

Al contrario, se compie un tale illecito personale, pur durante il servizio, ma ponendo in essere un atto totalmente estraneo alle sue funzioni, «allora è esatto dire che l'agente pubblico non ha agito che come un semplice privato; [...] è dunque erroneo sostenere che anche in questo caso l'agente pubblico rimane un agente pubblico».

Comunque, il Consiglio di Stato ha confermato l'esistenza e l'autonomia della "*faute personnelle*" avverso l'amministrazione, nella sentenza *Jeannier*³⁶⁶, che era connessa alla sentenza *Moritz* sulla giurisdizione.

La suprema giurisdizione amministrativa affermò in tale sede: «Nonostante la circostanza che il signore non conduceva lui stesso il veicolo al momento dell'incidente, il danno subito dallo Stato dal fatto dell'obbligazione nella quale si è trovato di riparare al pregiudizio subito dagli aventi diritto della vittima non è meno una conseguenza diretta della *faute personnelle* commessa dall'interessato nell'utilizzare scientemente una automobile dell'esercito per dei fini estranei al servizio».

Invero, il Consiglio di Stato è giunto ad affermare la responsabilità *de qua*, non allargando la nozione di nesso di causalità nell'incidente occorso, ma riferendosi ad altra vicenda, ossia alla produzione del danno per l'amministrazione, cui hanno certamente concorso sia *Jannier* che *Moritz*.

In tal modo si spiega la diversità di conclusioni cui sono pervenuti il giudice ordinario in ordine alla causalità dell'incidente e il giudice amministrativo in ordine alla causalità del danno subito dall'amministrazione.

Si è così affermata l'autonomia della responsabilità personale del funzionario verso l'amministrazione, che era stata per la prima volta evidenziata nella sentenza *Laruelle*.

Giova considerare che in tale ultima sentenza, tale definizione di responsabilità del funzionario era stata resa più agevole dalla concorrenza del dolo da parte del funzionario nel coinvolgere l'amministrazione attraverso l'utilizzazione di un elemento strutturale senza permesso.

³⁶⁶ V. Cons. di St. 22 marzo 1957: Il sig. *Jeannier* era l'autista dell'automobile militare al momento in cui l'automobile era stata fatta uscire dalla rimessa militare. Destinatario, alla pari dei suoi cinque commilitoni, di un atto esecutivo che lo costituiva solidalmente debitore della somma versata agli aventi diritto della vittima, aveva adito direttamente il Consiglio di Stato invece di rivolgersi ai tribunali ordinari; il sig. *Moritz*, dopo la declaratoria d'incompetenza del giudice ordinario pronunciata dal Tribunale dei conflitti s'era rivolto, a sua volta, alla giurisdizione amministrativa. Ambodue sostenevano che lo Stato non potesse chiedere loro il rimborso dell'indennizzo versato, perché l'incidente era dovuto unicamente al sorpasso irregolare effettuato dal sig. *Lethenet*, che teneva al momento il volante e che gli illeciti da loro stessi commessi – l'uno nel far uscire la vettura dalla rimessa e l'altro nel partecipare alla passeggiata – non erano in rapporto immediato con l'investimento del ciclista.

Una situazione analoga si ritrova nella sentenza *Meunier*³⁶⁷, in cui il Consiglio di Stato sostiene che il funzionario infedele non poteva avvantaggiarsi dell'autorizzazione, peraltro irregolare, che lo stesso aveva sollecitato ed ottenuto, di utilizzare un veicolo dell'esercito «inducendo in errore il suo superiore sull'itinerario da seguire».

Caratteristica dei casi *Laurelle* e *Meunier* era la mancanza evidente di un difetto di sorveglianza da parte dell'amministrazione, a causa del dolo dell'autore.

Al contrario nei casi suesaminati *Jeannier* e *Moritz*, in realtà, non erano stati utilizzati metodi fraudolenti per impossessarsi del veicolo militare; ma anche qui il Consiglio di Stato non riconosce un difetto di sorveglianza dell'autorità militare, in quanto i funzionari infedeli non possono avvantaggiarsi opponendo una compartecipazione dell'amministrazione ad un fatto dagli stessi posto in essere scientemente. D'altronde, non ci si trova nell'ambito del rapporto riparatorio tra amministrazione e vittima, ma di quello recuperatorio tra amministrazione e funzionario.

Ma ancora un altro aspetto è da porre in luce a proposito dei casi giudiziari succitati *Jeannier* e *Moritz*, che presentano la particolarità di essere stati commessi da più funzionari insieme.

La tragica passeggiata era stata progettata ed eseguita, infatti, da più soggetti legati all'amministrazione da distinti ed analoghi rapporti di servizio, tanto che il Ministro aveva supposto la responsabilità solidale dei sei militari per l'esborso effettuato a favore degli aventi diritto della vittima.

Ma il Consiglio di Stato rigettò tale pretesa ministeriale, in quanto la responsabilità di ciascuno era da considerare parziaria, affermando «I militari implicati nell'affare non sono responsabili verso lo Stato che degli illeciti che essi hanno personalmente commesso; la loro parte di responsabilità deve essere valutata in ragione della gravità degli illeciti imputabili a ciascuno di loro».

Questa posizione del Consiglio di Stato a favore della parziarietà di una siffatta obbligazione deriva da considerazioni eminentemente pratiche, in quanto si rischiava di imboccare un vicolo chiuso.

Infatti, se uno dei coautori fosse stato condannato e costretto a pagare la somma intera in via solidale, questo avrebbe potuto rivolgersi agli altri coautori portandoli eventualmente davanti al giudice ordinario che sarebbe stato competente per tale pretesa.

Ma tale giudice, che in precedenza aveva riconosciuto responsabile civilmente solo l'autista della automobile, avrebbe potuto condannare solo costui al rimborso a favore del primo escusso, con conseguenze assurde.

Pertanto, solo il giudice amministrativo era competente a stabilire la suddivisione per quote tra i corresponsabili.

Tali considerazioni sono contenute nella requisitoria del commissario del Go-

³⁶⁷ V. Cons. di St. 7 maggio 1954, n. 260: Il sig. *Meunier* era un militare che si era reso autore di un incidente mortale utilizzando un veicolo dell'esercito che aveva sottratto fraudolentemente.

verno³⁶⁸ nel processo, il quale ricordava che in materia di responsabilità extracontrattuale, né l'art. 1382 del codice civile considerato inapplicabile ai giudizi amministrativi né l'indivisibilità del danno imponevano la solidarietà; e che questa non era affatto utile nei rapporti tra amministrazione e funzionari, possedendo la prima tutti i mezzi necessari per rivalersi anche in via esecutiva contro ciascun funzionario infedele *pro quota*.

Affermata la natura parziaria del debito *de quo*, il Consiglio di Stato preferisce ripartire le responsabilità in ragione della gravità della colpa di ciascun coautore, piuttosto che della incidenza causale di ciascun comportamento.

In questo modo ha inteso, alla pari di quanto affermato a proposito del caso *Delville*, moralizzare le condotte dei funzionari.

A ciascun funzionario va così posta a carico la parte di responsabilità proporzionale alla violazione dei suoi obblighi di servizio di cui si era reso colpevole.

Pertanto, nel caso di specie ha attribuito al militare che aveva concretamente sottratto il veicolo militare dal deposito (*Jeannier*) la parte maggiore di responsabilità (1/4 della somma rimborsata), mentre al militare semplice passeggero (*Moritz*) una parte minima (1/12).

Il Consiglio di Stato nella stessa sentenza ammette anche che il funzionario abbia il potere di contestare l'ammontare dell'indennizzo accordato alle vittime.

Infatti, allorché l'amministrazione indennizza volontariamente le vittime senza che una decisione giurisdizionale la costringa, può verificarsi che le somme erogate siano sproporzionate in rapporto al pregiudizio subito dalle vittime.

Tale riconoscimento attribuisce al funzionario una autentica e equa garanzia di essere tutelato innanzi al giudice amministrativo la cifra dell'indennità versata.

Nella specie il Consiglio di Stato ha stimato che l'indennità versata non fosse «esagerata in rapporto all'importanza del pregiudizio subito dagli aventi diritto della vittima».

A sostegno di questa impostazione è l'art. 11 della legge 19 ottobre 1946, che nella sua nuova formulazione, prevede che «quando un funzionario è stato perseguito da un terzo per una *faute de service* e non è stato sollevato il conflitto di attribuzioni, la collettività pubblica deve, nella misura in cui una *faute personnelle* riferibile all'esercizio delle sue funzioni non è imputabile a questo funzionario, coprirlo delle condanne civili pronunciate contro di lui».

Non potendosi interpretare tale disposizione nel senso che riguardi l'illecito civile verso il terzo per il quale giustamente il funzionario è stato condannato dal giudice ordinario, va senz'altro ritenuto che disciplini l'aspetto dei rapporti tra funzionario condannato in sede civile e l'amministrazione di appartenenza. In tale prospettiva l'accollo da parte dell'amministrazione dell'onere economico non

³⁶⁸ Requisitoria di *Kahn*.

può non essere giustificato dalla circostanza che l'illecito di servizio verso i terzi è stato preceduto da un illecito personale verso l'amministrazione³⁶⁹.

La dottrina che iniziò l'analisi della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione nella configurazione data inizialmente dalla giurisprudenza era portata a sostenere che essa avesse natura disciplinare, giungendo a sostenere che «la *faute personnelle* nel quadro della giurisprudenza Laruelle [...] (è) proprio un illecito disciplinare che ha provocato conseguenze dannose per la collettività pubblica»³⁷⁰.

Indubbiamente l'illecito disciplinare proviene, così come quello personale verso il servizio, da un'infrazione da parte del funzionario alle sue obbligazioni del servizio.

Ma le conseguenze sono completamente diverse.

In particolare, l'illecito disciplinare provoca una sanzione disciplinare, cioè una sanzione che colpisce il funzionario nella sua carriera, come la censura, il biasimo, ecc.; al contrario l'illecito personale individuato dalle sentenze *Laruelle* e *Jeannier* determina una sanzione civile, ingaggiando la responsabilità patrimoniale dei funzionari.

Comunque va annotato che l'intento moralizzatore del Consiglio di Stato, che collega la misura della responsabilità alla gravità della colpa, conferisce all'illecito personale verso il servizio una certa colorazione disciplinare³⁷¹.

L'azione diretta spettante all'amministrazione però non esplica pienamente la sua efficacia, in quanto il Consiglio di Stato persiste nel consentire all'amministrazione qualche volta una surrogazione, allorché il funzionario si è reso colpevole di un illecito personale verso il servizio. Così per esempio nella sentenza *Latrompette*³⁷², *Villien*³⁷³ e Compagnia d'assicurazione "La Nazione"³⁷⁴, il Consiglio di Stato ha surrogato lo Stato sia nei diritti della vittima sia in quelli risultanti dalla condanna.

Il riconoscimento di un'azione diretta non impedisce, dunque, al Consiglio di Stato di prendere tutte le precauzioni atte ad evitare che la vittima sia doppiamente riparata; per cui rimane sempre indispensabile la tecnica surrogatoria.

La svolta arriva con la sentenza *Tilbaud*, con cui fu ammessa la responsabilità del funzionario verso la amministrazione, anche quando costui avesse commesso una *faute personnelle* esclusivamente verso un amministrato.

In questo caso non si trattava assolutamente di una *faute personnelle* verso

³⁶⁹ Cfr. J.-C. MAESTRE, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, cit., 291-292.

³⁷⁰ Cfr. WIELL, *op.cit.*

³⁷¹ Cfr. BRAIBANT, *op. cit.*, 352.

³⁷² Del 15 maggio 1953.

³⁷³ Del 17 aprile 1959.

³⁷⁴ Del 21 gennaio 1955.

l'amministrazione, in quanto il sig. *Tilbaud* non aveva utilizzato mezzi dell'amministrazione per fini personali.

La *faute personnelle* del funzionario verso l'amministrazione non era più necessaria per fondare la responsabilità civile dei funzionari, essendo sufficiente una *faute personnelle* verso gli amministrati.

Certo non è semplice giustificare con tali presupposti la competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato, mancando un collegamento diretto con il servizio.

Ma si riconosce comunque che durante il servizio il funzionario ha potuto utilizzare le facilitazioni offerte dalla sua posizione funzionale per abbandonarsi agli atti risultati dannosi per gli amministrati.

Inoltre, dalla stessa sentenza si ricava la conferma del rifiuto dell'applicazione dell'istituto della solidarietà tra più coautori dell'illecito. Infatti, il sig. *Tilbaud* non era il solo autore del fatto, avendo agito in combutta con altri commilitoni.

Anche in questo caso, il Consiglio di Stato afferma che ciascun funzionario «non è finanziariamente responsabile che delle conseguenze dannose per lo Stato della *faute personnelle* che lui stesso ha compiuto».

La novità la si ritrova nelle modalità di ripartizione del risarcimento tra i più coautori, in quanto il giudice amministrativo non si riferisce più – come aveva già operato negli affari *Jeannier* e *Moritz* – alla gravità della colpa, ma alla parte presa da ciascuno nella produzione del danno.

L'adozione della nuova soluzione è stata facilitata dalla circostanza che nella vicenda avevano tutti commesso lo stesso tipo di *faute*, per cui si trovavano indubbiamente sullo stesso livello etico nella violazione dei doveri di servizio.

Infine, il Consiglio di Stato compie un ulteriore passo in avanti nel riconoscere al funzionario inquisito il diritto di contestare non solo – come già ammesso nei casi precedentemente esaminati – la misura del risarcimento versato dalla amministrazione, ma anche il fondamento stesso della responsabilità dell'amministrazione al riguardo delle vittime.

Quindi, il funzionario è ammesso a pretendere che il giudice amministrativo verifichi se l'amministrazione era tenuta a risarcire le vittime, se si trattava di un'obbligazione che avrebbe potuto essere giurisdizionalmente riconosciuta e non già di una liberalità il cui peso il funzionario non aveva alcuna ragione di sopportare³⁷⁵.

In un'altra sentenza il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare gli estremi di questa forma di responsabilità, laddove si fosse inferto un danno a privati con o senza l'uso da parte del funzionario di strumenti appartenenti alla amministrazione.

La prima ipotesi concerne essenzialmente l'uso di armi portati dal funzionario come dotazione di servizio, anche se esso è disciplinato da regolamenti rigorosi al fine del mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico.

³⁷⁵ Nella specie il Consiglio di Stato sentenziò che «i comportamenti suddetti, compiuti in occasione del servizio, [...] hanno costituito dei *fautes lourdes*, che erano di natura tale da incardinare nei confronti delle vittime la responsabilità del potere pubblico».

Nelle sentenze *Giorgelli*³⁷⁶ e *Bernard*³⁷⁷ si affermava che l'uso improprio delle armi per fini personali estranei al servizio aveva costituito una violazione degli obblighi di servizio, determinando una *faute personnelle* verso l'amministrazione.

La seconda ipotesi, a sua volta, si articola in due filoni.

Il primo concerne la cattiva esecuzione di un atto funzionale, mentre il secondo la commissione durante il servizio di un atto estraneo alle funzioni.

Nella sentenza *Paumier*³⁷⁸ con cui aveva disposto il risarcimento a favore della vedova di una vittima di brutalità di funzionari di polizia, aveva dichiarato «che la presente decisione non costituisce un ostacolo affinché il Ministro, se lo crede fondato, prenda, sotto il controllo del giudice amministrativo, una decisione mettendo a carico [...] degli autori delle brutalità commesse tutto o parte del risarcimento che dovrà egli pagare alla vedova della vittima»; invitando così l'amministrazione ad emettere atti esecutivi nei confronti dei funzionari infedeli ed ammettendo quindi una responsabilità civile dei funzionari colpevoli di una *faute lourde* nello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali.

Ma anche se gli atti dannosi compiuti dai funzionari siano estranei al servizio è ipotizzabile una responsabilità verso l'amministrazione a seguito del risarcimento disposto dall'amministrazione nei confronti degli amministrati danneggiati, come ammesso nel caso *Tilbaud*.

Sull'onda del riconoscimento sempre più preciso della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione per danno indirettamente provocato ad essa, si è formato un orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto una siffatta responsabilità anche per danni direttamente inferti al patrimonio o alla finanza pubblica.

In un primo momento sembrava³⁷⁹ che il Consiglio di Stato intendesse anzi allargare l'ambito di tale forma di responsabilità, ammettendola sia per tutti le *fautes* commesse "nell'esercizio delle sue funzioni" senza ricercare il loro carattere personale o impersonale.

In seguito, ha avuto modo di limitare la responsabilità solamente alle "*fautes personnelles*".

Risulta interessante una decisione del tribunale amministrativo di Nancy³⁸⁰,

³⁷⁶ V. sentenza del 12 maggio 1950: degli agenti di polizia avevano, per passare il tempo, installato nel cortile del posto di polizia un tirassegno e, mentre tiravano verso quello, avevano colpito la sig.ra Giorgelli.

³⁷⁷ V. sentenza del 1° ottobre 1954: una guardia campestre durante il servizio era entrato in un bar ed aveva bevuto troppo, colpendo poi con la sua pistola un avventore coraggioso che tentava di disarmarlo.

³⁷⁸ V. sentenza del 25 novembre 1955: Lo Stato era stato condannato a versare un'indennità alla sig.ra *Paumier*, vedova di un privato deceduto a seguito delle brutalità esercitate da agenti di polizia. C'era incontestabilmente una cattiva esecuzione della funzione poiché l'uso della forza inerente alle forze di polizia era stato eccessivo.

³⁷⁹ V. sentenza Cassa di Credito Municipale di Starsburgo del 29 giugno 1947.

³⁸⁰ V. sentenza del 18 aprile 1956, n. 533: dei militari avevano perpetrato furti ed appropriazioni a danno dell'esercito. Uno di loro aveva fatto opposizione avverso l'atto esecutivo notificatogli.

che considera come la sua «*faute personnelle* ha ingaggiato direttamente la sua responsabilità verso lo Stato».

Da questa decisione non possono ricavarsi principi generali sulla materia, in quanto la responsabilità del funzionario è chiaramente dolosa e, quindi, inescusabile.

Comunque appare chiaro che delle controversie su tale responsabilità abbia giurisdizione il Consiglio di Stato, così come affermato nella sentenza *Tesse*³⁸¹, in cui si afferma che «*una tale controversia relativa alla responsabilità pecuniaria di un rappresentante di un Comune verso questa collettività pubblica è sottoposta alla giurisdizione amministrativa e specialmente in virtù del decreto del 5 maggio 1934 al Consiglio di Prefettura*».

Pertanto, il Consiglio di Stato ritiene la giurisdizione amministrativa ha giurisdizione a conoscere dei rapporti tra una collettività pubblica e i suoi funzionari, ma che trattandosi nella specie di un Sindaco, il Consiglio di Prefettura è competente in virtù del decreto del 5 aprile 1934.

Implicitamente, infine, assimila il Sindaco al funzionario per la definizione della sua responsabilità verso l'amministrazione rappresentata.

Il principio della competenza del giudice amministrativo è stato riaffermato dal Consiglio di Stato nelle sentenze *Carion*³⁸² e *Soret*³⁸³.

A fronte della suddescritta sostanziale irresponsabilità del funzionario verso l'amministrazione, va rilevato che, invece, i funzionari adibiti a funzioni di maneggio di danaro e di altri valori di proprietà dell'ente di appartenenza hanno fatto sempre eccezione a questa immunità generalizzata.

In effetti costoro, denominati tradizionalmente contabili, essendo i soli a poter legalmente disporre di fondi e valori pubblici, sono sottoposti ad uno speciale regime di responsabilità reso necessario dalla natura specifica delle loro funzioni.

Per incorrere in questo tipo di responsabilità civile è sufficiente violare una disposizione che disciplina minuziosamente la loro azione³⁸⁴.

La responsabilità dei contabili si determina per tutte le «*fautes*», che hanno loro commesse nell'esercizio delle loro funzioni.

La «*faute*» del funzionario contabile non deve esser specificamente provata,

³⁸¹ V. sentenza del 21 novembre 1952: Il presidente di una delegazione speciale era perseguito dal Comune per aver commissionato forniture d'acqua che non avevano alcuna utilità che per la sua proprietà.

³⁸² V. sentenza del 19 giugno 1953: Il Ministro aveva notificato un atto esecutivo ad un funzionario che deteneva irregolarmente dei denari pubblici.

³⁸³ V. sentenza del 10 aprile 1959, n. 887: Un funzionario si era opposto alla contestazione ministeriale in ragione della mancanza di materiale che egli aveva in conto.

³⁸⁴ Cfr. G. DEVAUX, *La comptabilité publique*, PUF, 1957, I, 81, che constata: «Le principe est simple: toutes le fois qu'un comptable effectue une opération irrégulière, soit qu'elle lui ait été ordonnée par une autre personne, soit qu'il l'exécute de sa propre initiative, il doit rembourser le montant de la somme que la collectivité publique a perdu du fait de cette irrégularité».

essendo sufficiente la sola constatazione dell'inesecuzione delle loro obbligazioni, mentre grava su di loro documentare le cause di esonero.

Essa appare analoga a quella dei mandatari, prevista dagli artt. 1991-1993 del codice civile francese, e dei depositari, dagli artt. 1915, 1927 e 1932 dello stesso testo normativo, anche se essa è particolarmente disciplinata da una disposizione di natura finanziaria quale l'art. 60 della legge 23 febbraio 1963³⁸⁵.

Altra caratteristica di tale forma di responsabilità è che essa, non potendo essere lasciata all'arbitrio dell'amministrazione controllata dagli stessi contabili, è rimessa ad un giudice, che nella specie è individuato nella Corte dei conti³⁸⁶.

9.2. Il sistema spagnolo

L'art. 145, comma 2, della LAP stabilisce: «L'amministrazione corrispondente, quando abbia risarcito direttamente i danneggiati, potrà esigere dalle sue autorità e dal restante personale al suo servizio la responsabilità nella quale saranno incorsi per dolo o colpa o negligenza grave, previa istruzione del procedimento che regolarmente si stabilirà.

Per l'esigenza di detta responsabilità si seguiranno, tra gli altri, i seguenti criteri: la conseguenza dannosa prodotta, la sussistenza o meno della intenzionalità, la responsabilità professionale del personale al servizio dell'amministrazione pubblica e il suo rapporto con la produzione del risultato dannoso».

In termini simili si pronunciano gli artt. 121.1 LEF e 78.3 LBRL e il derogato art. 42.1 LRJAE.

L'art. 21 del RD 26 marzo 1993, n. 429 disciplina il citato procedimento.

Però l'azione di regresso contemplata da questa disposizione è una possibilità più che altro astratta, dato che l'amministrazione non è solita utilizzarla.

È insolito in effetti che l'amministrazione condannata a risarcire un danno provocato con colpa o negligenza grave reclami dal suo funzionario responsabile il rimborso di quanto pagato.

E questa è una conclusione certamente scellerata.

Basti accennare sommariamente al modo di attivare l'azione di regresso e ai suoi presupposti.

Questi sono l'esistenza di colpa o negligenza gravi.

Il procedimento è di diritto pubblico e, secondo il R.D. n. 429/1993, inizia notificando al funzionario i motivi e assegnando un termine per produrre le deduzioni.

A seguito di un'adeguata istruttoria si ha l'udienza e la decisione.

La constatazione della colpa o negligenza gravi normalmente procederà dalla previa decisione giurisdizionale o amministrativa che riconosce il risarcimento al danneggiato a causa dell'azione del funzionario.

³⁸⁵ Cfr. J. MAGNET, *La Cour des comptes*, Paris 1996, 22-23.

³⁸⁶ Cfr. J. MAGNET, *Comptabilité publique*, Paris 1978, 336 ss.

Non è necessario in seguito un procedimento disciplinare, in quanto l'ammissione della responsabilità amministrativa mediante colpa o negligenza può costituire anche un errore grave secondo l'art. 7 lett. c del R.D. n. 33/1986 contenente il Regolamento di disciplina dei funzionari statali.

L'art. 145, comma 3 della LAP stabilisce: «Ugualmente, l'Amministrazione instruirà identico procedimento nei confronti delle autorità e del restante personale al suo servizio per i danni e i pregiudizi causati ai suoi beni e diritti, quando abbia concorso dolo ovvero colpa o negligenza grave».

A sua volta il Titolo VII "Sulla responsabilità" del R.D. 23 settembre 1988, n. 1091 disciplina il risarcimento dei danni nei casi di violazione della legge stessa denominata "Legge generale dei presupposti».

L'art. 140 in particolare prevede: «Le autorità e i funzionari di qualunque ordine che per dolo ovvero per colpa o negligenza gravi adottino risoluzioni o emettano atti con violazione delle disposizioni di questa Legge saranno obbligati a indennizzare all'azienda pubblica i danni e i pregiudizi che siano conseguenza di quelli, con salvezza della responsabilità penale e disciplinare che possa concorrere».

La procedura risulta identica a quella in caso di azione di rimborso, salvo che nel caso di appropriazione o malversazione nell'amministrazione dei fondi pubblici (art. 144 della legge n. 1091/1988).

L'art. 2, lett. b, della legge organica prevede che i funzionari, che hanno il management e la disponibilità materiale di denaro o altri valori appartenenti all'amministrazione, sono soggetti ad un particolare tipo di responsabilità denominata tradizionalmente contabile.

Essa ha un'impronta tipicamente civile³⁸⁷, risolvendosi nell'obbligazione di risarcire i danni ed i pregiudizi causati dai funzionari gestori, così come prevede l'art. 38, comma 1, della legge organica del *Tribunal de Cuentas*.

L'esame della legislazione sulla materia chiarisce la natura e il concetto di questa sottospecie della responsabilità civile³⁸⁸.

La nozione ricavabile dall'ultima disposizione citata si fonda sulla considerazione che «"colui che per azione o omissione contraria alla Legge dà luogo ad una diminuzione delle cautele o valori pubblici resterà obbligato al risarcimento dei danni e pregiudizi causati».

Tale precetto formulò il concetto della responsabilità contabile con un'ampiezza tale da ricomprendere ogni ipotesi di responsabilità nei confronti dell'amministrazione, con esclusione della competenza degli ordini giurisdizionali civile ed amministrativo-contenzioso e quindi con invasione illegittima delle sfere di competenze riservate a queste giurisdizioni³⁸⁹.

³⁸⁷ V. Tribunal Constitucional 16 dicembre 1993, secondo cui «la responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, non penal».

³⁸⁸ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable, Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 82/1994 e 96/1997, 411 ss., 609 ss.

³⁸⁹ V. Tribunal de cuentas-Sala de Apelación 11 gennaio 1986.

Sulla base di un'interpretazione sistematica della normativa si è limitato il concetto di responsabilità contabile, confinandola nell'ambito delle competenze ordinarie del *Tribunal de Cuentas*³⁹⁰.

Tali elementi, tratti dalla dottrina della Sala di Giustizia del Tribunal sono: «In primo luogo, possono incorrere nella responsabilità contabile coloro che intervengono, maneggiano, amministrano, riscuotono, custodiscono dei valori pubblici».

Ci si riferisce esclusivamente ai funzionari tenuti alla resa del conto giudiziale³⁹¹.

«La responsabilità contabile, a differenza della responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione (art. 139 ss. della legge n. 30/1992), e, similmente alla colpa civile aquiliana, ha carattere soggettivo e pertanto questa è delimitata per i presupposti del dolo, colpa o negligenza, con la distinta modulazione nella quale alla gravità della colpa si riferisce a seconda che si tratti di responsabilità contabile diretta o sussidiaria³⁹².

Finalmente si precisa l'esistenza di un danno nelle cautele o valori pubblici, che deve essere effettivo, valutabile economicamente e personale [...]»³⁹³.

Questo concetto di responsabilità contabile si è venuto evolvendo storicamente con l'attribuzione della competenza giurisdizionale tanto all'attuale *Tribunal de Cuentas* che, in altri tempi, ad altri organi similari.

Il presupposto per l'esistenza della responsabilità contabile è la vigenza del rapporto giuridico costituito tra l'ente pubblico, titolare dei valori, e la persona a cui si affida il maneggio o la custodia.

Tale rapporto è stato qualificato di diritto pubblico, per cui dà luogo al rendimento dei conti, da cui nasce la responsabilità contabile.

E pertanto la colpa contrattuale del rendimento dei conti dei valori pubblici deve inquadarsi nella regolazione giuridica generale del rendimento dei conti nel diritto comune, senza dimenticare la presenza dell'interesse generale che deriva dalla titolarità pubblica dei fondi e dei valori gestiti³⁹⁴.

Per questa ragione, tale rapporto dal quale deriva la responsabilità contabile e il conseguente obbligo di renderne il conto della gestione hanno, come succede in diritto privato (art. 1732, n. 3, del codice civile senza pregiudizio per le arti e 1742 del codice civile; 1802 del codice civile e 280 del codice di commercio) ca-

³⁹⁰ V. Tribunal de cuentas 18 aprile 1986 e 28 ottobre 1986.

³⁹¹ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, Civitas, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 95/1997, 453-456.

³⁹² Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, Civitas, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 81/1994 e 93/1997, 411 ss., 226-229, 603-606.

³⁹³ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, Civitas, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 90/1996, 356-358.

³⁹⁴ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, *Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas*, in *Rivista Espanola de control externo*, 1999, I, 1, 131-132.

rattere personalissimo e, conseguentemente, non sono suscettibili di trasmissione ereditaria (art. 659 c.c.).

Diversamente, la responsabilità derivata dalla mancata resa del conto, per la quale l'art. 38, comma 5, della Legge Organica stabilisce che la responsabilità contabile si trasmette agli eredi «por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a la que ascienda el importe líquido de la herencia»³⁹⁵.

In tal senso si è espressa una pronuncia del Tribunal Constitucional del 16 dicembre 1993³⁹⁶.

Per di più si qualifica in dottrina la responsabilità contabile come una sottospecie della responsabilità civile e si sottolinea la sua natura patrimoniale, sicché in alcun modo si possa attribuirle carattere sanzionatorio, dato che la sua finalità non è che risarcire il Tesoro Pubblico dei danni e pregiudizi causati, senza alcun aspetto punitivo³⁹⁷; essa è infatti compatibile con la podestà disciplinare³⁹⁸ e con la responsabilità penale³⁹⁹ (art. 18, comma 1, l. n. 2/1982).

³⁹⁵ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable, Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 86/1995, 89/1996, 92/1996 e 94/1997, 377-382, 158-161, 749-751 e 259-262.

³⁹⁶ In tale sentenza si segnala «[...] abordando, en premier lugar, la imputación de vulneración constitucional dirigida contra la interpretación del artículo 38.5 de la Ley organica del Tribunal de Cuentas (LOTCu), que supuso la aplicación del dicho precepto a la recurrente por la Resolución del Delegado Instructor de 19 de Mayo de 1988 y mediante la cual, a los solos y exclusivos efectos del incoado expediente de reintegro por alcance, se la declaró heredera de su fallecido padre, si bien, como asimismo se especificaba, la transmisión de la responsabilidad contable respecto de ella exigía previamente su aceptación expresa y tácita de la herencia, no cabe compartir la argumentación de la demanda».

In effetti, la responsabilità contabile è una specie di responsabilità civile, non penale.

Così si apprende inequivocabilmente dalla legislazione vigente e così la intende anche il Tribunal de Cuentas (in tal senso la Sección de Enjuiciamiento del 25 febbraio 1993, che ratificò la validità dell'accordo dell'Istruttore). Il contenuto privativo di questa variante di responsabilità, nella quale può incorrere colui il quale ha il maneggio di denaro pubblico, consiste, estrinsecamente nell'obbligo di indennizzo del danno e dei pregiudizi arrecati. Di conseguenza, essendo costituzionalmente irreprensibile la previsione legale di questo tipo di responsabilità non penale bensì civile la stessa si trasmette agli eredi dei responsabili nel limite dell'asse ereditario, previa accettazione, che è, secondo l'art. 988 del Codice civile, libera della stessa.

³⁹⁷ Cfr. F. PÉREZ ROYO, *La financiación de los sujetos públicos: principios constitucionales sobre el gasto público*, I.E.F. Madrid 1988, [pagina] in cui si afferma anche: «se efectúa con el sentido, reclamando por la doctrina, de superar la consideración de las decisiones de gasto público como materia puramente política, respecto la cual la Constitución debe limitarse a asegurar la limpieza democrática en el proceso de toma de dichas decisiones».

³⁹⁸ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable, Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 86/1995 e 89/1996, 367-377 e 161-163.

³⁹⁹ Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J.A. PAJARES GIMÉNEZ, *Commentario General sobre la jurisprudencia contable, Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Financiero*, n. 86/1995, 89/1996, 94/1997, 95/1997 e 99/1998, 355-367, 161-163, 262-265, 447-449; Cfr. J. DE MEDINA GUIJARRO, J. A. PAJARES GIMÉNEZ, *Compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal*, in *Revista Espanola de Derecho Financiero* n. 81/1994, 175-199.

Ciò è chiaro nell'art. 145, comma 3 della legge n. 30/1992, in relazione all'art. 20 del R.D. n. 26 marzo 1993, n. 429, si tratta dell'azione di regresso che esercitano le amministrazioni contro i funzionari per i danni che abbiano causato con dolo ovvero con colpa o negligenza grave, in ragione della gestione dei fondi e valori pubblici di cui siano incaricati.

Gli elementi necessari per l'affermazione di una responsabilità contabile quindi sono⁴⁰⁰:

- elemento soggettivo, in quanto la violazione si deve produrre mediante dolo ovvero colpa o negligenza grave;
- elemento oggettivo, in quanto deve esistere un danno o pregiudizio di fondi o valori pubblici;
- elemento reale, in quanto il danno o la mancanza si deve verificare in occasione del maneggio di valori pubblici;
- elemento causale, in quanto il danno o la mancanza deve essere indubbiamente la conseguenza di un'azione o omissione nel maneggio di questi fondi pubblici;
- elemento legale, in quanto l'azione o l'omissione devono costituire una contravvenzione di leggi di natura contabile;
- elemento processuale, in quanto il giudizio di responsabilità contabile è attribuito ad un nuovo ordine giurisdizionale, cioè quello contabile.

9.3. Il sistema tedesco

Allorché lo Stato per qualsiasi motivo abbia risarcito danni provocati a terzi, esso può esercitare l'azione di regresso nei confronti dei funzionari che hanno tenuto la condotta commissiva od omissiva.

In relazione all'attività autoritativa la legislazione pone alcune rilevanti limitazioni.

Infatti, in primo luogo l'obbligo del risarcimento da parte del funzionario deve essere previsto dalla legge in ragione del rapporto di servizio o d'ufficio ovvero di altri rapporti giuridici.

Siffatta previsione la si ritrova nella disciplina dei militari, nonché in quella dei funzionari della Repubblica Federale e dei *Länder* e, in ragione di rinvio dinamico, nel contratto collettivo dei pubblici dipendenti.

In secondo luogo, i funzionari sono responsabili in via di regresso sole se abbiano agito con dolo o colpa grave. Così come prevede l'art. 34 GG.

Competente per tali azioni di regresso è il giudice civile, in quanto non sono utilizzabili né le decisioni vincolanti dirette ad un *facere* né le azioni innanzi i giudici amministrativi.

⁴⁰⁰ Cfr. J.C. LÓPEZ, *Aprobación y rendición de cuentas: problemas y responsabilidades*, in *Revista Española de control externo* n. 4/2000, vol. II, 91-92.

Nel caso si tratti di danni derivati da esercizio di attività privatistica, il regresso dello Stato può avvenire anche quando al funzionario sia imputabile una colpa lieve⁴⁰¹.

È tuttora dubbio se, in caso di un'attività in sé pericolosa, come ad es. la conduzione di autoveicoli, il funzionario possa beneficiare dei principi sviluppati nel diritto del lavoro sulla diminuzione di responsabilità, tra cui l'esclusione della responsabilità per colpa lieve⁴⁰².

Un intervento dello Stato a favore del funzionario impegnato in un lavoro che può facilmente causare danni è stato, in ogni caso negato, qualora i danni cagionati dal funzionario siano stati assunti a carico della sua assicurazione privata contro la responsabilità e i premi versati per questa si mantengano nell'ambito dell'usuale⁴⁰³.

⁴⁰¹ RGZ, 155, 266; RGZ, 162, 161.

⁴⁰² BverwG, 14 febbraio 1968, DVBI, 1968, 432. In senso affermativo OVG Saarlouis, 21 febbraio 1968, DVBI, 1968, 434.

⁴⁰³ BverwG, cit. nota prec.

Bibliografia

- AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* (Atti del XXXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 17-19 settembre 1992), Milano 1994
- AA.VV., *The Liability of the State and Regional and Local Authorities for Damage caused by Agents and Administrative Agencies*, a cura del Consiglio d'Europa, Strasburgo 1981
- ABBRUZZESE M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno da atto illegittimo*, in *Nuova Rassegna* n. 22/2000, 2370 ss.
- AGNINO F., *Intervento d'urgenza ad alto rischio e responsabilità del medico* (nota a Cass. Civ. Sez. III, 4609/01), in *Danno e resp.* 2001, vol. I, 831
- AGRIZZI G.B., *La prova della responsabilità medica e la consulenza medico – legale d'ufficio*, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1999, f. 20, 581
- ALESSI R., *La responsabilità della P.A. nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rass. di dir. pubbl.* 1949, 218 ss.
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966
- ALESSI R., *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Nuovissimo Digesto Ital.*, Torino, 658-660
- ALESSI R., *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 884 ss.
- ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano 2011, 295 ss.
- ALLEN C.K., *Law in the Making*, 7 ed., Oxford, 1966
- ALPA G., BESSONE M., *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino 1982, 14
- ALPA G., BESSONE M., *L'individuazione degli specifici caratteri della responsabilità civile dell'amministrazione nel pensiero degli autori fra la fine del secolo scorso e gli inizi dell'attuale*.
- ALPA G., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: l'attività dannosa*, in G. ALPA, M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino 1987, III, 495
- ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.* 1999, f. 20, 315
- ALTAVILLA E., *Colpa penale*, in *Noviss. Dig. It.* vol. III, Torino 1959, 548
- AMATO G., *Forme di stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, I, 31
- AMORTH A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano 1948
- ANSELEK P., *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, Mèl Eisenmann, Cujas 1975

- ANTINOZZI M., *Considerazioni sulla responsabilità del professionista*, in *Dir. e prat. assicur.* 1984, 406
- ANTINOZZI M., *Responsabilità dell'avvocato verso il cliente per mancata impugnazione della sentenza di primo grado*, in *Dir. e prat. Assicur.* 1985, 307
- ANTINOZZI M., *Riflessi assicurativi della responsabilità del lavoro in equipe*, in *Dir. e prat. assicur.* 1982, 381
- ANTINOZZI M., *Ulteriori considerazioni sulla responsabilità del professionista*, in *Dir. e prat. assicur.* 1989, 498
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo 1930
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1975
- ANTONUCCI M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in *Cons. Stato* 2003, II, 1355 ss.
- APICELLA V., *Prove per la quantificazione del danno e istruzione probatoria*, in *Quaderni della Corte dei conti* 1/1992, 171
- ARROWSMITH S., *Civil Liability and Public Authorities*, Humberside 1992
- Atti Assemblea Costituente, Seduta pomeridiana, 15 aprile 1947
- Atti dell'Assemblea Costituente, I Sottocommissione, seduta 1 ottobre 1946
- AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli 1971
- AURIEMMA S., *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in *Riv. C. conti* n. 3/2010
- AUTORINO STANZIONE G. (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990
- BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, voce, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 1 ss.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1950-51, vol. I
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953
- BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008
- BASCHIERI G., BIANCHI D'ESPINOSA L., C. GIANNATASIO C., *La Costituzione Italiana: commento analitico*, Firenze 1949
- BASILE L., *La valutazione equitativa nella liquidazione del danno alla persona*, Milano 1974
- BELFIORE E., *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in equipe*, in *Foro Italiano* 1983, II, 167
- BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova 1998
- BENNATI A., *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli 1990, 801
- BENOIT F., *Traitè*, in *Jurisclasseur Administratif* fasc. n. 884, 473
- BESSONE M., *Garanzia costituzionale; danno alla persona e normativa dell'art. 2059 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, 779 ss.
- BESSONE M., *Salute, danno biologico e danno non patrimoniale*, in *Giur. merito* 1983, 104 ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino 2005
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino 2014
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino 2016
- BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Nazione*, in *Nss. D.I.*, Torino 1965, 183
- BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Stato (storia del diritto)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1971, 263 ss.

- BLANCO L., *Note sulla più recente storiografia in tema di "Stato moderno"*, in *Storia. Amministrazione. Costituzione*. Annale ISAP 2/1994, 259 ss.
- BLEY P., *Schadenersatz*, Munchen u. Berlin, 1965
- BOBBIO N., *Stato*, in *Enc. Einaudi*, Torino 1981, 453 ss.
- BOGNETTI G., *Dalla "rule of law" allo Stato amministrativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1975, n. 27, 35 ss.
- BOGNETTI G., *La responsabilità per tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Milano 1961
- BONASI A., *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri Ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Bologna 1874
- BONELL J.M., *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato* 1/1998, 171-191
- BORGIOLO A., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982
- BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975
- BRASIELLO T., *I limiti della responsabilità per danni*, Milano 1956
- BRONZETTI G., *Esercizio di attività pericolose e responsabilità della P.A.*, in *Arch. resp. civ.* 1978, 931 ss.
- BUCKLEY R.A., *Liability in Tort for Breach of Statutory Duty* (1984)100, in *Law Quarterly Review*, 204
- BUSSI E., *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Milano 2002
- BUSSI E., *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari 1970
- BYDLINSKI F., *Probleme der Shadensverursachung nach deutschem und osterreichischem Recht*, Stuttgart, 1964
- CAEMMERER E., *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift Rabel*, Tubingen, I, 1954, 352 e 354
- CALIFANO L., *Principio di legalità e indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa regionale*, in *Giurisprudenza italiana* 1983, 1051 ss.
- CALVO SANCHEZ L., *La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre intereses legales pasivos por demora de las Administraciones Públicas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 125, 1991, 343 ss.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano 1911
- CAMMEO M., *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960
- CAPACCIOLI E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956
- CARAVITA B., *Stato federale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, vol. VI, 5729 ss.
- CARBONE V., *Il rapporto di causalità*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, I, 142 ss.
- CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, 2016
- CARINGELLA F., *Percorsi monografici di diritto amministrativo*, Napoli 2000
- CARLASSARE L., *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni* 1982, 1190 ss.
- CARLASSARE L., *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano 1966
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova 1933
- CARUSI D., *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 91 ss.

- CASSETTA E., *Aspetti di diritto sostanziale della responsabilità degli amministratori degli enti locali*, in *Problemi attinenti alla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti locali*. Atti dell'VIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 1962, 172
- CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953
- CASSIN M.R., *Introduction d'Et. e Doc. du Conseil d'Etat*, 1958
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano 1997
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 132 ss.
- CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V) *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano 1998, 117 ss.
- CENDON P., GAUDINO L., *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da BIGIAMI, I, Torino, 1987, 124.
- CENDON P., *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990, 112
- CENDON P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149
- CESAREO P., *La responsabilità dello Stato*, in *Amm. it.* 1975, I, 101 ss.
- CLARICH M., *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost.*, in *Giur. cost.* 1987, I, 1854
- COCCONI M., in *Il diritto dalla tutela della salute*, Milano 1998
- COCOZZA V., *Il principio di legalità*, in ID., *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli 2010, 21 ss.
- COKE E., *The second Part of the Institutes of the Law of England*, I, London, 1671, 52-53
- COLTELLI R., *Aspetti problematici della giurisdizione contabile nell'ambito degli Enti Locali*, Roma 1985
- COLZI G., *La responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Comm. Sist. alla Cost. Ital.*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze 1950, I, 250 ss.
- COMPORI M., *Presunzioni di responsabilità e danni da manutenzione stradale*, in *Riv. giur. circol. trasp.* 1988, 551 ss.
- CONDORELLI O., in *Archivio Giuridico* 1923 (LXXXIX e XC), 223 e 77.
- CONSTANTINESCO L.-J., *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1996
- CORAPI D., *Uno statuto dell'impresa per i paesi del Mercosur*, in *Riv. dir. commerciale*, I, 1996.
- CORMICK M.C., *Handobook of the law of damages*, St. Paul Minn. 1935
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, VI vol., Roma Bari 1999-2001
- COSTA P., *Diritti*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., 38 ss.
- COUZINET P., *L'infraction pénale de l'agent public et le problème de la responsabilité civile*, in *Mélanges Magnol*, Sirey 1948, 131 ss.
- CRAIG P.P., *Compensation in Public Law*, (1980) 96 L.Q.R. 413
- CRISAFULLI V., NOCILLA D., voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 787 ss.
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano 1981

- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005
- D'AURIA G., *Brevissime note in tema di giurisdizione sulla responsabilità di enti pubblici economici*, in *Foro. it.*, I, 1999, 575 ss.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano 1984
- DE LAUBADERE A., GAUDEMET Y., VENEZIA J.C., *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 11 ediz, 1990
- DE LAVELEYE E., *Le gouvernement dans la Dèmocratie*, T.I.
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 82/1994 e 96/1997, 411 ss., 609 ss.
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 95/1997, 453-456
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 81/1994 e 93/1997, 411 ss., 226-229, 603-606
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 90/1996, 356-358
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 86/1995, 89/1996, 92/1996 e 94/1997, 377-382, 158-161, 749-751 e 259-262
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 86/1995 e 89/1996, 367-377 e 161-163
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Commentario General sobre la jurisprudencia contable*, *Civitas*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero*, n. 86/1995, 89/1996, 94/1997, 95/1997 e 99/1998, 355-367, 161-163, 262-265, 447-449
- DE MEDINA GUIJARRO J., PAJARES GIMÈNEZ J.A., *Compatibilidad entre la jurisdiccìon contable y la jurisdiccìon penal*, in *Revista Espanola de Derecho Finaciero* n. 81/1994, 175-199
- DE MEDINA GUIJARRO J., *Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas*, in *Rivista Espanola de control externo*, 1999, I, 1, 131-132
- DE STEFANO A., GARRI F., ROSSI BRIGANTE A.M. (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 1976
- DE VERGOTTINI G., voce *Stato federale*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 831-860
- DE VITA A., *La responsabilità medica come responsabilità "speciale" nel sistema francese*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990, 64-67
- DEBARD T., *L'ègalité des citoyens devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative*, D. 1987
- DELLA MORTE M., *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012
- DEUTSCH, *Die Zwecke des Haftungsrechts*, in *JZ*, 1971
- DEVAUX G., *La comptabilité publique*, PUF, 1957, I

- DI CIOMMO R., *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, marzo-aprile 1957, 29 ss.
- DI COSTANZO L., *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti*, Napoli 1998
- DI COSTANZO L., *La pubblicità immobiliare. Modelli giuridici a confronto*, Napoli 1999
- DI GASPARRE G., *I servizi pubblici verso il mercato*, in *Dir. Pubbl.* 1999, III, 79 ss.
- DI MARTINO V., *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Milano 1979
- DICEY A.V., *Law of the Constitution*, London 1885
- DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico* 2008, 1 ss.
- DOGLIANI M., *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.* 1973, 214 ss.
- DOGLIOTTI M., *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 245
- DUPEYROUX H., *Faute personnelle et faute de service. Etude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'Administration*, Thèse, Oarus, 1941
- EHRENZWEIG A. jr., *Die Schuldhafung im Schaldenesatzrecht*, Wien 1936, 185
- ELIA L., *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 2600 ss.
- ELIA L., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, XIX, 638 ss.
- EORSI G., *Correlation between Liability and Insurance*, in AA.VV., *Droit hongrois-Droit comparé*, Budapest, 1970, 95
- ESPOSITO C., *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 343 ss.
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, con prefazione di V.E. ORLANDO, Roma 1949, 63 ss.
- FAVALE R., *La responsabilità civile del professionista forense*, Camerino
- FEBVRE LUCIEN P., GAUDEMET M., *Le «Civil Service» britannique*, in *Cahiers de la Fondation nationale des Sciences politiques*, n° 33, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 8^e année, n. 3, 1953, 394 ss.
- FERRARI E., *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 233 ss.
- FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti*, VI, tomo IV, Torino 1964
- FIGONE A., SPALLAROSSA M.R., *La colpa*, in *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da G. ALPA, M. BESSONE, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino 1987, 49
- FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle società in house providing*, in *Società* n.1/2014, 55 ss.
- FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà fondamentali*, Torino 1995
- FIORAVANTI M., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 3 ss.
- FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna 1999
- FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Milano 2011, II

- FIORAVANTI M., *Stato e costituzioni*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari-Roma 2002, 3 ss.
- FIORAVANTI M., voce *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 708 ss.
- FLEMING G.J., *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, 1969
- FLETCHER G.P., *Fairness and Utility in Tort Theor.*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 550
- FOIS S., *La "riserva di legge" – Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963
- FRAGOLA M., *Le innovazioni introdotte dalla legge 19 febbraio 1992 n. 142 (legge comunitaria 1991) in materia di risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, in *Cons. Stato* 1992, II, 757 ss.
- FRANCESCA M., *Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e regole di mercato: prime riflessioni*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1999
- GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 433
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, 2, vol. II, in *I contratti per l'esecuzione di opere o di servizi*, Padova 1990, 69
- GALLO C.E., PEZZIN B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano 1998
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1996, 118 ss.
- GARCIA DE ENTERRIA E., FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., *Curso derecho administrativo*, 2011
- GARNER J.F., *Administrative Law*, London-Butterworth 1979, 3 ediz., 381
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012
- GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano 1998
- GARRI F., *I giudizi innanzi alla Corte dei conti: responsabilità, conti, pensioni*, Milano 2000
- GARRI F., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino 1994
- GARRI F., voce *Danno*, in *Enc. Giur.*, Roma
- GENTILE F.S., *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma 1964
- GIAMPAOLINO L., *Osservazioni sulla più recente giurisprudenza della Corte dei conti in tema di responsabilità formale, contabile ed amministrativa*, in *Giust. civ.* 1979, I, 1961
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano 1970
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1988
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981
- GIANNINI M.S., voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano 1959, 181
- GILLI J.P., *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, D. 1971
- GIORGIO G., *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze 1913, I
- GRIFFITH J.A.G., STREET H., *Principles of Administrative Law*, London 1967
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, II, Milano 1947
- GROSSO C.F., *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. tri. dir. proc. pen.* 1962, 67
- GUADAGNI M., *Il modello pluralista*, Torino 1992
- HARLOW C., *Compensation and Government Torts*, London 1982
- HARLOW C., *Fault Liability in French and English Public Law*, 1976
- HARTUNG F., *Deutsche Verfassungsgeschichte von funfzehnten Jahrhundert bis zum Gegenwart*, Stuttgart, 1954

- HAURIOU M., *Précis de Droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12 ed., 1933, 526
- HELLNER J., *Torts Liability and Liability Insurance*, in *Scand. Stud. in Law* 1962, 155
- HENKE W., *Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht*, in *VVDStRL* 28, Berlino 1970, 172 ss.
- HIPPEL E., *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen*, in *NjW*, 1967, 1732
- HOGG P. W., in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, Toronto-Calgary-Vancouver 1989, 247
- HOLDSWORTH W.S., *History of English Law*, 16 voll., 1922-1926
- JAENICKE G., SELMER P., *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, in E. CANNADA-BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *Studi di diritto pubblico comparato*, vol. IV, Torino 1976
- JENNINGS W.I., *The Law and the Constitution*, Cambridge 1938
- LA BARBERA R., *Il principio integrativo del dovere di conoscenza e della responsabilità del funzionario pubblico*, Torino 2006
- LA BARBERA R., *La responsabilità del pubblico funzionario nella trasformazione del sistema dei controlli*, 2004.
- LABAND P., *Das Straatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen 1876
- LANDI G., POTENZA G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1963
- LANDOLFI F., *I servizi pubblici locali*, in *Nuova Rassegna* 2/99.
- LAUDANTE F., *Il sistema dei servizi per l'assistenza socio-sanitaria ai tossicodipendenti nella legislazione statale e regionale*, Padova 1999
- LeCLERCQ P., in *Concl. Pasicrisie*, 1929, I, 261
- LEGENDRE P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris 1968
- LEVYS D., *La responsabilité des puissances publiques en Angleterre*, Paris 1957
- LIUZZO A., *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in www.giustamm.it 2009
- LÓPEZ J.C., *Aprobación y rendición de cuentas: problemas y responsabilidades*, in *Revista Espanola de control externo* n. 4/2000, vol. II, 91-92
- LUBRANO F., voce *Funzionario di fatto (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano 1969, 285 ss
- LUCATELLO G., voce *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA, E. EULA, Torino 1971, 333-355
- LUCIANI M., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 552 ss.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124 ss.
- LUCIANI M., *Salute*, I, *Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, voce, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 1 ss.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 99 ss.
- LUCIFREDI, R. *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in R. LUCIFREDI, S. LUCIFREDI PETERLONGO, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto delle pubbliche funzioni*, Milano 1965, 120 ss.

- MAASDORP A.F.S., *Delicts*, 7 ed., Cape Town-ynberg-Johannesburg 1963, 91.
- MADDALENA P., *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, in *Cons. Stato* 1976, II, 831 ss.
- MAESTRE J.-C., *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris 1962
- MAGNET J., *La Cour des comptes*, Paris 1996
- MAGNET J., *Comptabilité publique*, Paris 1978
- MAIORCA C., *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano 1960, 566
- MANFREDI SELVAGGI C., *Anche l'attività imprenditoriale sotto il controllo contabile*, in *Guida Enti Locali*, 11/2004, 95 ss.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2011
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova 1979
- MARKESINIS B.S., DEAKIN S.F., *Tort Law*, Oxford 1994
- MARONGIU A., *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, Roma 1971
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano 1978
- MARTINES T., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 1987
- MARTON G., *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlicher Haftung*, in *AcP*, 1963, 60
- MATTEI U., *Il modello del common law*, Torino 2014
- MEISTERLIN J.F., *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*, Bohne 1838
- MELE E., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano 1990
- MELIS G., *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2000, I, 89 ss.
- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001
- MERUSI F., *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1972
- MICHILLI M.R., *La responsabilità civile degli enti pubblici e dei loro agenti verso i terzi*, in *Cons. St.* 1977, II, 1140 ss.
- MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 377.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1960
- MIGLIO G.F., *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *La scienza dell'amministrazione*, Atti del Convegno di studi del Centro studi amministrativi di Como, Milano 1957, 7 ss.
- MONATERI P.G., SOMMA A., *Il modello di Civil Law*, Torino 2000
- MOREAU J., *La responsabilité administrative*, PUF, 1986
- MORIN G., *La révolte du droit contre le Code la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris 1944
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, vol. II
- MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.* 1961, 53 ss.
- MORTATI C., *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973
- NOCILLA D., voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 341 ss.
- NUTI F., *Introduzione all'economia sanitaria e alla valutazione economica delle decisioni sanitarie*, Torino 1998

- ORLANDO V.E., *Il nome di Stato*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940
ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1908
OSSENBUHL F., *Staatsbaftungsrecht*, Monaco 1998
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova 1998
PALMIERI S., *Lesione degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale?*, in *Danno e responsabilità* 1997, 59 ss.
PANTALEON F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid 1985
PARISI S., *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, Napoli 2010
PASETTI G., *Note sulla responsabilità del medico tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, in G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990, 82-83
PENNEAU J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris 1973
PÉREZ ROYO F., *La financiación de los sujetos públicos: principios constitucionales sobre el gasto público*, I.E.F. Madrid 1988.
PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli 1992
PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli 1991
PESCARA R., *Il problema dell'error juris nei contratti*, in *Rivista Diritto Civile* 1983, I, 756-820
PIGA F., *Responsabilità civile degli amministratori pubblici: nuovi profili*, in *Foro amm.* 1980, I, 746 ss.
PILATO S., *L'effettività della tutela nella nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. conti* n. 2/02, 348
PLANIOL M., *Dol civil et dol criminel*, in *Rev. Crit. Lég. Jurispr.*, 1893, 545
PLANIOL M., *Etudes sur la responsabilité civile*, in *Rev. crit.* 1905, 203
POGLIANI M., *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969
POLICE A., *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. COCA (a cura di), in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997, 145 ss.
POUND R., *Equitable Relief against Defamation*, in *Harv. l. Rev.* 1915-16, 652
PRESTON C.H.S., NEWSOM G.H., SMITH L.A., *Limitation of Actions*, London 1953
PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Disciplina della concorrenza e trattativa privata*, in *Rass. dir. civ.* 1994, 587 ss.
- QUAGLIARELLO G., *Sulla responsabilità da illecito nel vigente codice civile*, Napoli 1957
- RABUT M.A., *De la notion de faute en droit privé*, 1949
RANELLETTI O., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano 1945
RASY D., *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, Paris 1963
REBOLLO L.M., *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en Espana*, in L. BARNÉS (a cura di), *Proprietad, Expropiación y responsabilidad*, Andalucía, 1999, 815 ss.
Relazione all'Assemblea Costituente, Roma 1946
REMÉ T.M., *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz*, Berlin, 1962
REPOSO A., voce *Stato federale*, in *Enc. Giur.*, Roma 1993
RESCIGNO G.U., *Forme di Stato e forme di governo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Roma 1989, 1 ss.

- RESCIGNO P., *Fondamenti e problemi della responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano 1982, 77 ss.
- RIPERT G., *Examen doctrinal*, in *Rev. crit.* 1912, 196
- RISTUCCIA M., MARTUCCI DI SCARFIZZI A., nota a SS.RR. n. 673 del 21 giugno 1990, in *Riv. Corte dei conti* 1991, II, 611.
- ROBINSON G.E., *Public Authorities and Legal Liability*, 1923
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in *Scritti minori* a cura di G. ZANOBINI, Milano 1990, I, 379 ss.
- ROMANO S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1945
- ROTELLI E., SCHIERA P. (a cura di), *Lo Stato moderno, I, Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1971
- RUZIE D., *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris 1960
- SACCO R., *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Contratti* 1995, 73
- SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino 1959
- SALMOND J.W., HEUSTON R.F.V., *The law of torts*, London 1907
- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.* 3/1975, 561 ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine Generale del diritto civile*, Napoli 2012
- SANVITI G., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: gli aspetti specifici e gli spunti di carattere generale*, in G. ALPA, M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino 1987, III, 460 ss.
- SAPORITO L., *Il modello israeliano di diritto civile*, in *Quaderni del dipartimento di diritto civile dell'Università di Salerno*, Salerno 1998
- SAPORITO L., *Vizi del consenso e contratto nella Western Legal Tradition*, Napoli 2001
- SATTA F., *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi countitari* (nota a Cass., sez. un., 14 gennaio 1992, n. 367).
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova 1981
- SCHIAVELLO L., *Il nucleo storico del processo contabile (prolegomeni alla ricostruzione dogmatica)*, in *Riv. trim. dir. pubblico* 1981, 119
- SCHIAVELLO L., *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano 2001
- SCHIAVELLO L., *Processo contabile*, in *Enc. diritto*, XXXVI, Milano 1987, 713
- SCHIPANI S., *Culpa e responsabilità ex lege Aquilia*, in *Atti dell'incontro di studi su "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile"*, Pisa, 11-III-1977, in *Resp. Civ. prev.* 1977, 728
- SCIASCIA M., *Un rinnovato controllo di legittimità finanziaria per la Corte dei conti*, in *Riv. C. conti* n. 6/97, 336
- SCIASCIA M., *La coerenza quale limite alla discrezionalità legislativa ed amministrativa: in particolare l'ammissibilità di sanatorie legislative nell'ambito della pubblica amministrazione*, in *Amministrazione e contabilità* 6/1997.
- SCOCA F.G. (a cura di), in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017
- SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civile* 1969, 207
- SEPE O., *Giurisdizione contabile e di responsabilità*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, 8

- SEPE O., *La giurisdizione contabile*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XVI, Padova 1997, 186 ss.
- SERIO M., *La responsabilità complessa. Verso uno statuto unitario della civil Liability*, Palermo 1988
- SIBER H., *Grundriss des deutschen bürgerlichen Recht*, II, Schuldrecht, Leipzig, 1931
- SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 55 ss., ora anche in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 71 ss.
- SOTO NIETO F., *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, in *Gobierno y administración en la Constitución*, IEF, II, Madrid, 1988, 1824 ss.
- SPIGA F., *Responsabilità civile degli amministratori pubblici: nuovi profili*, in *Foro amm.* 1988, 746
- STADERINI F., *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano 1981
- STADERINI F., SILVERI A., *La responsabilità nella pubblica amministrazione (con particolare riguardo a quella locale): legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Padova 1998
- STANTON K.M., *Breach of Statutory Duty in Tort*, London 1986
- STEWART, *Government tort liability: current law and potential future directions – Discussion paper for the Administrative Conference of the United States*, Harvard Law School, 1985
- STOLL H., *Penal Purposes in the Law of Torts*, in *Am. Journ. Comp. Law* 1970, 20
- STREET H., *Governmental Liability*, London 1953
- STREET H., *The Crown Proceedings Act, 1947*, (1948) 26 (3) *Public Administration* 156
- TALAMANCA M., *Colpa civile (storia)*, in *Enc. del dir.*, VII, 1960, 517
- TANGO V., *Della responsabilità negli ordini costituzionali ed in specie di quella degli ufficiali pubblici verso lo Stato e le amministrazioni per colpa e danno*, Roma 1989
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, tomo II, Milano 1980, 65 ss.
- TARELLO G., *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, 19 ss.
- TERRACCIANO G., FORLENZA O., VOLPE I., *La riforma del pubblico impiego*, ed. Il Sole 24 ore, Milano 1999
- TERRACCIANO G., *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia*, 1991, 633
- TERRANOVA S., voce *Funzionario (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1969, 280 ss.
- THERY J., *Compétence et fond du Droit dans le contentieux de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires*, in *Etudes et Doc.* 1958, 73 ss.
- TOSATO E., voce *Stato (dir. cost.)*, *Enc. dir.*, Milano 1985, 768 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1968
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungdelikte im Straf- und Zivilrecht*, in *Festgaben L. Enneccerus*, Marburg, I, 1913
- TRIMARCHI P., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 102
- TRIMARCHI P., *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in G. ALPA (a cura di), *Lo spirito del diritto civile*, Genova, 1985, II, 427.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961

- VAGNONI S., *Le responsabilità nelle amministrazioni statali e negli enti locali*, Milano 1991
- VARANO V., *Organizzazione e garanzia della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano 1973
- VEDEL G., DEVOLVE P., *Droit administratif*, coll. *Themis*, PUF, 1990
- VENTURINI L., *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. C. conti* n. 6/2001, 294
- VERONESI P., *Sulle tracce dei concetti di «Nazione» e di «Unità nazionale»*, in *Quaderni costituzionali* 2/2011, 313 ss.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2001
- VOLPI M., *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1995, 367
- VON DER BECKE F.A., *Von Staatsämtern und Staatsdienern*, Heilbronn 1797
- WALINE V.M., *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leur fautes personnelles et des moyens d'y remèdier*, in *R.D.P.* 1948, 1 ss.
- WEBER M., *Economia e società (Wirtschaft und Gesellschaft)*, Milano 1968, ed. Comunità, II
- WEIR T., *Governmental Liability*, 1989
- WIACKER F., *Provatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952
- WILLIAMS G.L., *Crown Proceedings*, London 1948
- WILLIAMS G.L., *The Aims of the Law of Torts*, in *Curr. Leg. Probl.* 1951, 172
- WILLIAMS G.L., *Crown Proceedings*, London 1948
- ZACHARIÄ H.A., *Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner*, in *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften*, vol. 19, 1863, 582
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1954, I
- ZENO ZENCOVICH V., *Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.* 1998, V, 62 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova 1994

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da

Franco Gaetano Scoca

Volumi pubblicati:

1. MARINA D'ORSOGNA, Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione, 2001, pp. X-262.
2. FABRIZIO FIGORILLI, Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione, 2002, pp. XII-444.
3. DOMENICO D'ORSOGNA, Conferenza di servizi e amministrazione della complessità, 2002, pp. XII-300.
4. LOREDANA GIANI, Attività amministrativa e regolazione di sistema, 2002, pp. X-390.
5. ALESSANDRA FABRI, Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali, 2002, pp. XII-384.
6. MARIO R. SPASIANO, Funzione amministrativa e legalità di risultato, 2002, pp. XII-300.
7. GIOVANNI ACQUARONE, I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente. Pianificazione amministrativa, assenso preventivo e responsabilità civile, 2003, pp. X-598.
8. FABRIZIO LUCIANI, Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa, 2003, pp. XIV-354.
9. LUCIO IANNOTTA (a cura di), Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato, 2003, pp. X-298.
10. MARIA IMMORDINO-ARISTIDE POLICE (a cura di), Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003, 2004, pp. VIII-476.
11. STEFANO VARONE, Servizi pubblici locali e concorrenza, 2004, pp. XVI-336.

12. FRANCESCO VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, 2005, pp. XII-380.
13. SAVERIO STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, 2006, pp. X-294.
14. GIANLUCA MARIA ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, 2008, pp. X-306.
15. SALVATORE CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, 2008, pp. XIV-578.
16. ROBERTA LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, 2008, pp. XII-260.
17. VIVIANA MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, 2008, pp. XVIII-314.
18. WALTER GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, 2008, pp. X-266.
19. BENEDETTA LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, 2008, pp. VIII-256.
20. GIULIANO GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, 2009, pp. X-446.
21. RUGGIERO DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, 2011, pp. X-298.
22. GIANFRANCESCO FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, 2012, pp. XII-440.
23. BIANCAMARIA RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, 2012, pp. X-314.
24. FRANCESCO GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo. La slot allocation*, 2012, pp. XXIV-544.
25. CARMENCITA GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, 2012, pp. XIV-282.
26. ARMANDO GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, 2012, pp. X-298.

27. ANDREA CRISMANI, Le indennità nel diritto amministrativo, 2012, pp. VI-314.
28. MARIA CRISTINA CAVALLARO, Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità, 2012, pp. X-278.
29. PAOLO TANDA, Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione, 2012 pp. XIV-378.
30. MARCO CALABRÒ, La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione, 2012 pp. X-330.
31. DANIELE MARRAMA, Soggetti "legali" e autonomia privata, 2012 pp. VIII-332.
32. VERA FANTI, Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo, 2012 pp. X-340.
33. STEFANO VILLAMENA, La sospensione amministrativa pubblica, 2012, pp. X-330.
34. RAFFAELE TITOMANLIO, Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, 2012, pp. XX-204.
35. ENRICO ZAMPETTI, Contributo allo studio del comportamento amministrativo, 2012, pp. XII-266.
36. SAVERIO STICCHI DAMIANI, Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo: dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza, 2012, pp. VIII-268.
37. FILIPPO D'ANGELO, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi, 2013, pp. VIII-264.
38. PAOLO TANDA, Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato, 2014, pp. VIII-160.
39. PAOLO TANDA (a cura di), Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Atti del Convegno. Roma 9 ottobre 2014, 2015, pp. XII-236.
40. FRANCESCO GASPARI, Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova *golden share* tra diritto interno, comunitario e comparato, 2015, pp. X-126.

41. FRANCESCO GASPARI, L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali, 2016, pp. X-142.
42. CRISTIANA BENETAZZO, Ricorso incidentale. Ordine di esame delle questioni e principio di effettività, 2016, pp. XVIII-382.
43. FORTUNATO GAMBARDELLA, Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica, 2016, pp. X-230.
44. WLADIMIRO TROISE MANGONI, L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo, 2016, pp. X-254.
45. MARTINA SINISI, Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela, 2017, pp. XII-332.
46. MARIO PALMA, Processo amministrativo e *translatio iudicii*, 2017, pp. VI-218.
47. MASSIMIANO SCIASCIA, Ruolo e responsabilità del pubblico funzionario nell'evoluzione dello stato di diritto, 2017, pp. XII-276.